Die Haftung des Mieters für den Schaden, den seine Familienangehörigen, Dienstboten und sein Logierbesuch der Mietsache zufügen.

Inaugural-Dissertation

von

Ernst Lüderitz,
Rechtsanwalt,
in
Zerbst.

Zerbst.
Otto Schnee's Buchdruckerei.
1906.

Die Haftung des Mieters für den Schaden, den seine Familienangehörigen, Dienstboten und sein Logierbesuch der Mietsache zufügen.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doctorwürde

vorgelegt von

Ernst Lüderitz,

Rechtsanwalt,

in

Zerbst.

AGAD

Zerbst.

Otto Schnee's Buchdruckerei.

1906.

Referent: Prof. Dr. Mendelssohn-Bartholdy.

Literatur-Verzeichnis.

Amtliche Protokolle des Anhaltischen Landtages, Diät 1899.

Archiv für bürgerliches Recht (Kohler, Ring, Oertmann) Bd. 27, S. 110 ff.

Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 69, S. 1 ff. und Bd. 82, S. 383.

Archiv für praktische Rechtswissenschaften, Bd. 7, S. 229.

Asmis. Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Diss. Greifswald. 1900.

Beer, Das Recht der Wohnungsmiete.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 41, S. 766 ff.

Borchert, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach B. G. B. Aufl. II. 1902.

Brühl, Ludwig, Das Mietrecht. Berlin 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1903.

Crome, Dr., Carl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1902.

Dernburg, Heinrich, Dr., Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 1. und 2. Auflage. — Pandekten. 5. Aufl. 1897.

Deutsche Juristen-Zeitung 1903, S. 1 ff. 1904, S. 616 ff. S. 847. 1905, S. 829.

Eck, Dr., Ernst, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. u. 2. Aufl.

Endemann, Dr., F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1903. 8. Aufl.

Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht.

Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 24 S. 125, Bd. 33 Nr. 50 S. 227, Bd. 56 (6) Nr. 100 S. 413, Bd. 51 Nr. 48 S. 200, Nr. 81 S. 350, Bd. 52 Nr. 40 S. 150, Bd. 59 S 198.

Feder, Ernst, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1902.

Fischer und Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1899.

Fränkel, Miet- und Pachtrecht.

Fuld, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1898.

Goldmann und Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 2. Aufl. 1903.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 7 S. 199 ff., Bd. 16 S. 298.

Gruchot (jetzt Rassow und Küntzel), Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 41 S. 766, Bd. 43 S. 271, Bd. 46 S. 279.

Hahn, C. (Mugdan), Die gesamten Materialien zu den Reichsgesetzen, Bd. 6 Materialien zum Handelsgesetzbuch. 1897.

Heilfron, Dr., Ed., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1900.

Henle und Schneider, Die bayrischen Ausführungsgesetze zum B. G. B. München 1900.

Hoffmann, Dr., Richard, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen. Berlin 1902.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche 1900.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 33 S. 299.

Juristische Wochenschrift J. 34. 1905, S. 284, 8, S. 21,21, J. 33. 1904 S. 5, S. 383, 483.

Kantorowicz, Max, Dr., Die Lehre von der Untermiete nach gemeinem Recht und B. G. B. 1901.

Könighaus, R., Gesindeordnung für die Königlich Preussischen Staaten. III. Aufl. 1900.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I. 1903.

Liszt, Dr., Franz, v. Die Deliktsobligationen. 1898.

Meissner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2. 1898.

Mittelstein, Max, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs 1900.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. II. Amtliche Ausgabe.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Bd. II.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 1899.

Niendorf, Mietrecht nach B. G B. Berlin 1900.

Nussbaum, Dr. Arthur, Haftung für Hilfspersonen nach § 278 B. G. B. in Vergleichung mit gemeinem und Landesrecht. 1898.

Oertmann (Biermann), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. Schuldverhältnisse I. und II. Aufl.

Planck, Dr., G., Bürgerliches Gesetzbuch. I. und II. Aufl.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II.

Rehbein, Dr., H., Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. II.

Recht, Das, 1901 S. 299. 338. 373.

Redlich, Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Diss. Greifswald 1901.

Romeich, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft II, Abschn. 1. Die abgeleitete Mietschuld.

Rümelin, Dr., M., Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht. 1896.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B. 1900.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen in den Deutschen Staaten. B. 46 S. 15.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuche (6. 7. Aufl.). 1900

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. II. 1901.

Ubbelohde, Wie weit haftet nach gem. Recht der Schuldner als solcher für diejenigen Personen, deren er sich zum Zwecke der Erfüllung seiner Verbindlichkeit bediente.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr. 3. Aufl. 1904.

Wallis, Vom Pachten und Verpachten.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II. (6. und vermehrte Auflage).

Zeitung der Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Naumburg. 1905 S. 35.

Disposition.

Einleitung (1):

A. Abgrenzung des Themas (2).

B. Bedeutung der Landesgesetze gegenüber den einschlägigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (3).

C. Disposition (4).

Ausführung:

A. Haftung des Mieters für das Verschulden der genannten dritten Personen gegenüber dem Vermieter aus seiner Rechtsbeziehung zu diesem:

I. Nach dem im einzelnen abgeschlossenen Vertrage (5).

II. Nach dem Gesetze:

a. Ausgangspunkt (6).

1. Unpraktischer Ausgangspunkt (7).

2. Richtiger Ausgangspunkt (die Miete) und dessen Grundlagen (8).

α) Die Verpflichtungen des Mieters (8).

β) Die Vertragsverletzungen (9).

b. Die schuldhaften Vertragsverletzungen:

1. Einteilung in Handlungen, die nach dem Vertrage (10)

α) der Schuldner in Person (11),

β) die der Schuldner nicht in Person (12),

γ) die ein bestimmter Dritter vorzunehmen hatte (13).

2. Gemeinsame Behandlung der drei Arten von Vertragsverletzungen (14):

α) Der Mieter hat dem Vermieter keine Anzeige von dem Schaden gemacht. § 545. (14).

β) Der Dritte hat ohne den Willen des Mieters gehandelt (15).

A. Die Möglichkeit der Vornahme der Handlung durch den Dritten beruht auf Verschulden (15):

I. des Mieters (15),

II. seines Gehilfen (16).

B. Die Möglichkeit der Vornahme beruht auf keinem Verschulden (16).

3. Besondere Behandlung der drei Arten von Vertragsverletzungen:

α) Der Mieter hat in Person zu leisten (17).

β) Der Mieter hat nicht in Person zu leisten (18):

A. den Mieter trifft Verschulden (19),

B. den Mieter trifft kein Verschulden (20):

I. § 278, (20).

II. Verhältnis des § 278 zu den Landesgesetzen (21).

γ) Der Mieter hat durch eine bestimmte dritte Person zu leisten (22):

A. Er leistet durch eine andere Person (22).

B. Er leistet durch die bestimmte dritte Person. Die dritte Person führt die Handlung schuldhaft mangelhaft (oder auch garnicht) aus (23):

I. Entscheidung nach gemeinem Rechte (24.)

II. Entscheidung nach B. G. B. (25):

a) richtige Entscheidung (25),

b) falsche Entscheidung (26).

B. Haftung des Mieters für schuldhafte Schädigungen der Mietsache durch die genannten dritten Personen gegenüber dem Vermieter aus seiner Rechtsbeziehung zu den dritten Personen (27):

1. Beim Vorliegen einer Rechtsbeziehung mit Rücksicht auf den Mietvertrag § 549 Abs. 2 (28).
2. Beim Vorliegen einer Rechtsbeziehung ganz unabhängig vom Mietvertrag: Haftung für unerlaubte Handlungen.
   I. Allgemeines (29),
   II. Besonderes:
      a. § 831 (30),
      b. § 832 (31):
         1. Allgemeines,
         2. Besonderes:
            α) Familienangehörige.
            β) Logierbesuch.
            γ) Dienstboten.

Schluss: Der mit der gewählten Art der Behandlung der Aufgabe beabsichtigte Zweck (32).

1.

Vor dem 1. Januar 1900 hatte die Frage nach der Haftung des Schuldners für Verschulden seiner Gehilfen in Praxis und Wissenschaft die verschiedenste Beantwortung gefunden. Nach den Motiven zum B. G. B. Bd. II S. 29 ff. hat man diese Streitfragen aus der Welt schaffen wollen und durch den § 278 „schlechthin die Haftung des Schuldners für das Verschulden seiner Leute" regeln wollen. Die unzählige Literatur, die über diese Fragen nach dem Inkrafttreten des B. G. B. entstanden ist, lässt ohne weiteres erkennen, dass dem Gesetzgeber seine Absicht nicht gelungen ist. Denn die Ansichten gehen jetzt weiter auseinander als früher und meines Erachtens muss man Oertmann (II. Aufl. § 278, 1) völlig recht geben, dass bisher noch nicht mit Sicherheit feststeht, welches der „treibende Gedanke der Regelung" ist. Auch wir sind mit Oertmann der Ansicht, dass „der Leitgedanke aus den Einzelvorschriften zu entnehmen ist" und darum haben wir einen bestimmten Tatbestand aus einem bestimmten Vertragsverhältnis ausgewählt, um hieran die unserer Ansicht maßgeblichen Gesichtspunkte zu erörtern. Wir haben zu diesem Zwecke gerade den Mietvertrag gewählt, weil besonders bei den Beispielen aus der Miete die verschiedenen Ansichten am schroffesten sich gegenüber stehen.

2.

Der soeben ausgesprochene Zweck soll uns auch bei der Behandlung unseres Themas leiten. Unser Thema hat nicht

nur einen bestimmten Tatbestand zum Gegenstande, sondern umfasst eine ganze Anzahl in sich verschiedener Tatbestände. Von dem Thema sind alle die Fälle nicht ausgeschlossen, in denen neben dem Mietvertrage zwischen den Mietparteien oder zwischen den Familienangehörigen, den Dienstboten und dem Logierbesuch des Mieters einerseits und den Parteien oder doch wenigstens dem Vermieter anderseits ein auf Gesetz oder Vertrag beruhendes Rechtsverhältnis besteht, das die gedachte Haftung ausdrücklich oder stillschweigend (nach den Umständen) bestimmt oder auch ausschliesst. Der Vermieter einigt sich z. B. mit seinem Sohne, dem Mieter, während der Mietzeit dahin, dass der Mieter eine auch zu seiner Familie gehörige Person, z. B. seine Mutter, in seine Familie mit aufnimmt, dass aber der Vermieter für allen Schaden haftet, den diese Person in der Wohnung anrichtet. Dann würde doch die Haftung des Mieters gegenüber dem Vermieter auf Grund dieses Vertrages ausgeschlossen sein, gleichgültig, ob abgesehen von diesem Vertrage gesetzlich eine Haftung des Mieters begründet wäre oder nicht. So liessen sich auch für die anderen gedachten Fälle Beispiele bilden. Wenn die Aufgabe diese Fälle, wie gesagt, nicht unbedingt ausschliesst, so sind das doch lediglich Ausnahmefälle und sollen diese deshalb nicht behandelt werden. Wir gehen davon aus, dass bis zum Eintritt des gedachten Schadens zwischen dem Mieter und Vermieter kein Rechtsverhältnis weiter besteht, als der Mietvertrag, dass der Mieter mit seinen Familienangehörigen in keine andere Rechtsbeziehung getreten ist, als die, die sich aus ihrer Stellung als Familienangehörige usw. zum Mieter ergibt, und dass endlich sonst unter den beteiligten Personen keine Rechtsverhältnisse vorliegen, wenigstens keine Rechtsverhältnisse, die die Haftung in dem einen oder andern Sinne regeln.

Auch bei Beschränkung des Themas in dieser Richtung kommt das Prinzip, aus dem heraus dieses selbst ohne diese

Einschränkung zu lösen ist, zur vollen Geltung. Um das Prinzip klar hervortreten zu lassen, erscheint es aber anderseits erforderlich, nach einer anderen Richtung hin das Thema in vollem Umfange seines Wortlauts aber vielleicht entgegen seinem Sinne zu behandeln. Es ist nicht zweifellos, ob der vorliegende Tatbestand die Fälle nicht ausschliesst, in denen die schuldhafte Handlung der Familienangehörigen sich zugleich als schuldhafte Handlung des Mieters darstellt, sondern nur eine Behandlung der Fälle im Auge hat, in denen die schädigende Handlung lediglich auf Verschulden des Dritten, nicht auch des Mieters beruht. Mit Rücksicht darauf, dass durch ihren Nichtausschluss das Prinzip deutlicher hervortritt, erscheint es angebracht, sie in die Behandlung mit aufzunehmen. Geschähe dies nicht, so wäre es dennoch bisweilen nötig, auf diese Fälle hinzuweisen, um den prinzipalen Gegensatz zu der Regelung der anderen Fälle hervorzukehren.

3.

Ehe wir an die Beantwortung der Frage mit dem soeben begrenzten Tatbestande herangehen, müssen wir feststellen, welches Recht zur Anwendung zu bringen ist, Reichsrecht oder Landesrecht. Es handelt sich bei der zu lösenden Frage darum, ob ein Schuldverhältnis besteht, kraft dessen der Mieter dem Vermieter für Verschulden anderer Personen haftet. Das gesamte Recht der Schuldverhältnisse ist vom B. G. B. grundsätzlich mit der Wirkung geregelt, dass, soweit nicht besondere Vorbehalte zu Gunsten der Landesgesetze gemacht sind, B. G. B. Anwendung zu finden hat.

Für die bei der Beantwortung unserer Fragen zu berücksichtigenden Rechtsverhältnisse sind solche Vorbehalte nicht gemacht. Doch soll schon hier darauf hingewiesen werden, dass der Umstand, dass in Art. 95 E. G. z. B. G. B. das Gesinderecht der Landesgesetzgebung vorbehalten ist,

auf die von uns zu lösende Frage keinen Einfluss hat. Das Gesinderecht hat lediglich zum Gegenstande die Regelung der aus dem Gesindedienstvertrag sich ergebenden Rechtsverhältnisse zwischen der Dienstherrschaft und dem Gesinde, während es sich bei unserem Thema lediglich um eine rechtliche Beziehung zwischen Mieter und Vermieter handelt. Wir werden darauf im Verlaufe unserer Arbeit zurückzukommen haben, weil die den Verfasser als geborenen Anhaltiner besonders interessierende Anhaltische Gesindeordnung, Gesetz Nr. 1047 (vom 21. April 1899), hiergegen verstossen hat und auch das Preussische Ausführungsgesetz zum B. G. B. dies nicht genügend beachtet hat. Hier genügt uns, festzustellen, dass wir vom Bürgerlichen Gesetzbuche auszugehen haben.

4.

Um nun die Frage selbst zu beantworten, ob der Mieter dem Vermieter gegenüber für den Schaden haftet, den seine Familie, seine Dienstboten und sein Logierbesuch der Mietsache schuldhaft zufügen, müssen wir von dem auch dem B. G. B. zu Grunde liegenden Rechtssatze ausgehen, dass eine Haftung nur da eintreten kann, wo ein Schuldgrund vorhanden ist, wo ein Schuldverhältnis vorliegt. Nimmt eine Person (der Gläubiger) eine andere (den Schuldner) für dessen eigene Handlung in Anspruch, so wird der Schuldgrund lediglich in der rechtlichen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner zu suchen sein; will dagegen der Gläubiger den Schuldner für eine Handlung eines Dritten in Anspruch nehmen, so kann der Schuldgrund in der rechtlichen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner zu suchen sein, er kann aber auch in dem Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und der dritten Person liegen, und zwar derart, dass die Beziehung sowohl zwischen Gläubiger und Schuldner als auch die Beziehung zwischen Schuldner und

der dritten Person nebeneinander je einen selbständigen Schuldgrund abgeben, was allerdings bestritten und an anderer Stelle noch näher darzulegen sein wird; z. B. der Vater eines minderjährigen Sohnes mietet von einem Spielwarenhändler ein kostbares Spielzeug für seinen Sohn mit der Verpflichtung für allen Schaden aufzukommen, den dieser an dem Spielzeug anrichtet. Der Vater übergibt das erhaltene Spielzeug seinem Sohne, und da er es an der gehörigen Sorgfalt in der Aufsicht fehlen lässt, beschädigt der Sohn das Spielzeug. Der Schuldgrund für die Haftung des Schadens seitens des Vaters gegenüber dem Spielwarenhändler liegt einmal in dem Rechtsverhältnis dieser beiden, anderseits aber auch in dem Verhältnis des Vaters zu seinem Sohne kraft der elterlichen Gewalt, sodass der Vater sowohl aus dem Vertrage, als auch auf Grund seiner Beziehung zu seinem Sohne nach § 832 B. G. B. haften würde.

5.

Zunächst wollen wir nun die Fälle ins Auge fassen, in denen sich aus der Beziehung zwischen Mieter und Vermieter, also aus dem Mietvertrage ein Schuldgrund für die Haftung des Mieters gegenüber dem Vermieter für den Schaden ergibt, den die gedachten Personen der Mietsache schuldhaft zufügen. Auskunft in dieser Richtung muss uns in erster Linie der jeweils zwischen Vermieter und Mieter abgeschlossene Vertrag geben. Denn unser gesamtes Recht der Schuldverhältnisse wird von dem Prinzipe der Vertragsfreiheit beherrscht, und daher dürfen die Parteien ihre rechtlichen Beziehungen zu einander nach Belieben regeln, soweit nicht irgendwelche Rechtssätze die Regelung ausschliessen oder beschränken. Mit Recht hebt Nussbaum die Haftung für Hilfspersonen S. 86 hervor, dass die vertragliche Übernahme sich nicht als Verletzung des § 138 B. G. B. darstellen darf. Dasselbe muss auch vom vertraglichen Ausschluss gelten.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass die Voraussetzungen des § 138 besonders Absatz 2, wie Nussbaum S. 87 weiter sagt, kaum jemals verwirklicht werden und diese Frage wenig Bedeutung hat, zumal in unserem Falle, wo es sich nur um Verschulden bestimmter dritter Porsonen handelt, während es sich bei Nussbaum um jede Schädigung beliebiger Dritter handelt. Immerhin ist die Verletzung des § 138 durch vertragliche Übernahme oder Ablehnung der Haftung möglich.*) Ob durch solche Vereinbarung im Mietvertrage auch andere zwingende Vorschriften verletzt werden können, und welche dies sind, lässt sich bei der Vielgestaltigkeit der Mietverträge nicht ohne weiteres sagen, sondern kann sich stets nur im einzelnen Falle ergeben. Hervorgehoben mag noch werden, dass der Ausschluss oder die Auferlegung der Haftung nicht ausdrücklich bestimmt zu sein braucht, sondern stets sich auch aus den Umständen ergeben kann; die Vereinbarung über die Verteilung der Haftung kann getroffen sein für alle Handlungen, mögen sie sich als Gebrauchshandlungen oder nur als unerlaubte Handlungen darstellen, oder aber für einen ganz bestimmten Kreis von Handlungen, der wieder nach der Art der Handlungen oder auch nach den Personen beschränkbar ist. Das kann im einzeln so verschieden sein, dass sich allgemeine Grundsätze nicht aufstellen lassen. Vielfach wird auch § 157 B. G. B. aushelfen müssen.

Ergibt sich unter Berücksichtigung dieser allgemeinen Gesichtspunkte aus dem Vertrage, das für den jeweils vorliegenden Fall einer schuldhaften Beschädigung der Mietsache seitens der genannten dritten Personen, eine Haftung des Mieters vorgesehen ist, so haftet er aus dieser Verpflichtung; lässt der Vertrag dagegen erkennen, dass er die Haftung dafür ausgeschlossen sehen will, so ist der Mieter kraft

*) So auch Endemann Bd. II. § 116 Anm. 12 S. 655.

dieser Vereinbarung befreit, ohne dass es auf die gesetzlichen Bestimmungen, die das Verhältnis des Mieters zum Vermieter gerade über diese Punkte regeln, ankommt, weil diese ja nur dispositiver Natur sind. So im wesentlichen auch Asmis S. 14 für das frühere Recht unter Bezugnahme auf andere Schriftsteller und Quellenstellen.

Verstösst die Vereinbarung über die Haftung gegen eine zwingende Vorschrift, z. B. § 138, so wird die Zulässigkeit der Anwendung jener dispositiven gesetzlichen Vorschriften davon abhängen, ob nicht nach § 139 B. G. B. der ganze Vertrag nichtig ist.

6.

Ergibt nun der im einzelnen Falle abgeschlossene Mietvertrag nichts darüber, wer für den Schaden im Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter einzustehen hat, den die gedachten Personen der Mietsache schuldhaft zufügen, so sind die Gesetzesbestimmungen maßgebend, die die Beziehung zwischen Mieter und Vermieter regeln, d. s. die Vorschriften über den Mietvertrag. Nach § 556 hat der Mieter nach Beendigung der Mietzeit die Mietsache zurückzugeben und zwar grundsätzlich in dem Zustande, in dem sie sich zur Zeit der Übergabe befunden hat. Für Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache in der Zwischenzeit hat der Mieter aber nach § 548 nicht einzutreten, soweit sie durch den vertragsmässigen Gebrauch herbeigeführt sind. Soweit dies dagegen nicht der Fall ist, hat der Mieter für diese nachträglich eingetretene Unmöglichkeit der Leistung nach § 275 nur einzustehen, wenn diese Unmöglichkeit in Folge eines Umstandes eingetreten ist, den er zu vertreten hat, d. h. also wenn die Veränderung oder Verschlechterung auf einen solchen Zustand zurückzuführen ist. Welche Umstände aber der Mieter zu vertreten hat, das ergeben die Bestimmungen über den Mietvertrag §§ 535 ff. Diese Umstände

interessieren uns für unsere Frage nur insoweit, als sie sich als schuldhafte Schädigungen der Mietsache seitens der Familienangehörigen darstellen. Unter diesem Gesichtspunkte haben wir uns also die Umstände, die der Mieter nach §§ 535 ff. zu vertreten hat, näher anzusehen. Der Mieter ist berechtigt, von der Mietsache einen vertragsmässigen Gebrauch zu machen, er ist aber andererseits verpflichtet, jede Handlung, die sich als vertragswidriger Gebrauch darstellt, zu unterlassen (§ 550). Soweit also eine Handlung über den vertragsmässigen Gebrauch hinausgeht, ist sie ein Umstand, den der Mieter zu vertreten hat, während er die Handlungen im Rahmen des vertragsmässigen Gebrauchs nach § 548 nicht zu vertreten hat, gleichgültig, ob die Handlungen von ihm oder den Personen begangen sind, zu deren Gebrauche die Sache nach dem Mietvertrage gemietet war.

7.

Viele Schriftsteller, die sich mit unserer Frage befasst haben, sagen nun, sobald der Mieter sich zur Erfüllung seiner vertragsmässigen Verpflichtung, einen vertragswidrigen Gebrauch zu unterlassen, anderer Personen (z. B. der Dienstboten, Familienangehörigen) bedient, so habe er auch deren Verschulden dabei nach § 278 zu vertreten, so besonders, Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. S. 108, Brühl, Das Mietrecht, S. 65 Anm. 1, Brückner, Die Miete § 19, S. 74. Bei andern kommt dieser Gedanke nicht mit der Schärfe zum Ausdruck, liegt aber ihrer Auffassung zu Grunde, wie bei Staudinger, Kommentar zum B. G. B., § 278 I., 21, Planck, § 278, 2. Die Veranlassung zur Aufstellung dieser Ansicht hat wohl vor allem der auch in den Motiven Bd. II. S. 29 ff. mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck gebrachte Zweck des Gesetzes gegeben, durch eine allgemeine Bestimmung „schlechthin die Haftung des Schuldners für das Verschulden seiner Leute“ zu regeln und

damit die besonders beim Werk- und Dienstvertrag aufgetauchte Streitfrage des gemeinen Rechtes, ob ein derartig allgemeiner Satz besteht, entgegen Windscheid u a. im bejahenden Sinne im Anschluss an die neueren Pandektisten und das Reichs- und Reichsoberhandelsgericht zu entscheiden.*) Die aus diesen ausgesprochenen Gründen erfolgte Einführung der allgemeinen Bestimmung des § 278 hat dahin geführt, dass man solche Fragen, wie sie im Thema liegen, meistens in der Literatur, dem Beispiele Nussbaums, Haftung der Hilfspersonen folgend, aus § 278 in der oben angedeuteten Weise heraus zu lösen versucht hat und nur aushülfsweise, wo man mit Anwendung dieses Prinzips auf Schwierigkeiten stiess, auf das zwischen dem Gläubiger und Schuldner zu Grunde liegende Schuldverhältnis zurückgegangen ist. Auf diese Weise überschätzt man die Bedeutung des § 278 und kommt bei dieser Art der Behandlung unserer Fragen, wenn man mit Asmis S. 19 der ausdrücklichen oder stillschweigenden Übernahme der Haftung für Erfüllungsgehülfen in Folge der Vorschrift des § 278 keine Bedeutung mehr beimisst, oder mit Brückner, im Recht 1901 S. 373/374 für die Materien des B. G. B. nur den §§ 701 ff. den Vorrang vor § 278 geben will, zu einem geradezu falschem Resultate. Wie Goldmann und Lilienthal S. 324 unter Bezugnahme auf S. 319 unter 1a sehr richtig hervorheben, gilt § 278 für die einzelnen Schuldverhältnisse nur, „sofern nicht ein anderes bestimmt ist.“ Das heisst also § 278 hat lediglich subsidiäre Bedeutung gegenüber den Vorschriften über das Schuldverhältnis, das jeweils zwischen Gläubiger und Schuldner vorliegt. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich zweifellos aus der Stellung des § 278 im System und daraus, dass

*) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, § 402, Anm. 5, S. 539, Aufl. 6. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, § 116. Anm. 1, S. 651, 8. Aufl. Rehbein, Bd. II S. 106 (Nr. 92 a. E.).

das B. G. B. ihm gegenüber verschiedene Spezialvorschriften, z. B. in den §§ 549 Abs. 2, 664, 691, 701 gibt. Die subsidiäre Natur des § 278 erkennt auch Hoffmann S. 14 ff., 16 grundsätzlich an, nur lässt er diesen Grundsatz bei seiner weiteren Behandlung manchmal unbeachtet. Es scheint fast so, als ob die übergrosse Bedeutung, die man dem § 278 hat angedeihen lassen, zu der Annahme geführt hat, dass der § 278 eine selbständige Klage gegen den Schuldner neben den aus dem Vertrage gegebenen Klagen gewährt hat, während er doch lediglich, wie Eck Vorträge S. 272 mit Recht hervorhebt, eine Verschärfung der durch das einzelne Schuldverhältnis gegen den Schuldner so schon gegebenen Forderungsklage (ebenso Nussbaum S. 49), oder um mit Enneccerus und Lehmann S. 433 II Abs. 3 zu sprechen, nur eine Qualifikation der Leistungspflicht des Schuldners darstellt. Das ergibt sich ganz deutlich daraus, dass der § 278 im System mitten unter den Vorschriften steht, die eine Verletzung einer nach irgend einem Schuldverhältnis bestehenden Verpflichtung voraussetzen und lediglich die Art und Weise oder den Umfang der Haftung für die Vertragsverletzung regeln, ohne aber eine selbständige Verpflichtung erst zu begründen.*) Auch der § 278 geht bereits von einer bestehenden Verpflichtung aus und sagt nur, wie weit der Schuldner zu haften hat, wenn seine Gehülfen bei der Erfüllung der für ihn bestehenden Verpflichtung schuldhaft handeln. Auch der Entscheidung des Reichsgerichts in Band 56 (n. F. 6.) S. 380, 381, liegt dieselbe Auffassung zu Grunde, dass § 278 keine neue selbständige Klage gewähren soll. Anderer Ansicht scheint allerdings Rümelin S. 88 zu sein.

*) Vergl. besonders §§ 275 ff. und sogar den ganzen 1. Titel des 1. Abschnittes des 2. Buches.

8.

Sowohl die subsidiäre Natur des § 278, als auch sein Charakter als Qualifikation der durch das Schuldverhältnis bereits gegebenen Verpflichtung des Schuldners, nötigt uns daher bei der Lösung unserer Frage nicht vom § 278, sondern von den Bestimmungen über die Miete auszugehen. Bei diesem Vorgehen wird sich dann auch die Unrichtigkeit oder vielmehr Unbrauchbarkeit des bereits erwähnten allgemeinen Satzes ergeben, dass § 278 stets dann Anwendung zu finden hat, wenn der Mieter sich zur Erfüllung seiner vertragsmässigen Verpflichtung, einen vertragswidrigen Gebrauch zu unterlassen, anderer Personen bedient hat. Die Unbrauchbarkeit dieses Satzes beruht darauf, dass man sich damit begnügt hat, aus den Bestimmungen über die Miete die Verpflichtung des Mieters zur Unterlassung jedes ordnungswidrigen Gebrauches abzuleiten. Man übersieht dabei, dass die Leistung (nämlich den vertragswidrigen Gebrauch zu unterlassen) der Bestimmtheit entbehrt, die man im Rechtsleben allgemein für jede Leistung verlangt, mag sie auf Vertrag oder Gesetz beruhen. Hoffmann, Die Haftung S. 110, irrt, wenn er glaubt, dass der Inhalt einer Verpflichtung genügend bestimmt sei mit „Verpflichtung zu einem dem Obligationszwecke entsprechenden Verhalten des Schuldners". Die Verpflichtung zur Unterlassung jedes ordnungswidrigen Gebrauches schliesst, wie auch Hoffmann S. 111 zulässt, eine grosse Menge Einzelverpflichtungen in sich. Wenn man nicht weiter in die Bestimmungen über den Mietvertrag eindringt, übersieht man ferner, dass sich die Verpflichtungen des Mieters hinsichtlich der Mietsache nicht in den §§ 556 und 550 erschöpfen. Wenn wir auch nicht alle Verpflichtungen des Mieters hinsichtlich der Mietsache aufzählen können, weil darüber nur der im einzelnen abgeschlossene Vertrag, insbesondere sein Zweck und die Mietsache selbst Auskunft geben können, so erscheint doch ein Hinweis auf eine ganze

Kategorie von Einzelverpflichtungen notwendig, die man teilweis in Abrede gestellt und dadurch die Lösung unserer Frage sich äusserst erschwert hat. Ja man kann wohl sagen, dass die meisten Streitfragen bezüglich des § 278 durch Beispiele veranlasst sind, die aus dem Gebiete der Miete genommen sind und diese Streitfragen an diesen Beispielen nur haben entstehen können, weil man das Vorhandensein einer solchen Verbindlichkeit nicht erkannt hat.

Nussbaum, Haftung für Hilfspersonen S. 60/61 und Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen S. 122, Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden S. 46, Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse II. Aufl. § 278 Anm. 3a, Abs. 2 S. 96, gehen davon aus, dass der Vermieter gegen den Mieter wegen vertragswidrigen Gebrauchs nur einen Anspruch auf ein Unterlassen eines (positiven) vertragswidrigen Tuns, nicht aber auch einen Anspruch auf (positives) Tun haben. Andere, wie Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts II, S. 550, bes. Anm. 30, Eck, Vorträge, Bd. I. S. 487 und Planck, Bürgerliches Gesetzbuch § 550 lassen dadurch, dass sie bei Besprechung der Klage auf Unterlassung ordnungswidrigen Gebrauchs eine Klage auf ein Tun nicht erwähnen, und bezüglich der Vollstreckung des daraufhin ergehenden Urteils auf § 850 Z. P. O. Bezug nehmen, nicht erkennen, ob sie nicht auch grundsätzlich auf demselben Standpunkte stehen, zumal beim Fehlen einer besonderen Bestimmung der Klage auf ein positives Tun, hier der gegebene Ort zur Erwähnung der Klage gewesen wäre und sie sonst die Frage auch nicht näher erörtern. Der Wortlaut des § 550 B. G. B. kann bei einer oberflächlichen Betrachtung allerdings zu solcher Ansicht Veranlassung geben, aber auch nur bei einer oberflächlichen. § 550 begründet nicht erst den Anspruch des Vermieters gegen den Mieter auf Unterlassung des ordnungswidrigen Gebrauchs. Denn wenn § 550

im ersten Teil des Vordersatzes sagt; „Macht der Mieter von der gemieteten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch“, so setzt er voraus, dass der nicht vertragsmässige Gebrauch eine Verletzung des Rechtsguts des Vermieters ist. Dass aber jeder vertragswidrige Gebrauch eine Verletzung des Rechtsguts des Mieters ist, ergibt sich eben schon daraus, dass dem Mieter an der Mietsache an sich kein Gebrauch zusteht und dass ihm durch den Mietvertrag nur ein ordnungsmässiger Gebrauch eingeräumt ist. Diesen Gedanken bringen auch die Protokolle, Bd. II. S. 187 zum Ausdruck. Da gegenüber jeder Vertragsverletzung ein Anspruch auf Unterlassung gegeben ist und jeder Anspruch auch grundsätzlich im Wege der Klage verfolgt werden kann, hätte es der Bestimmung, dass der Vermieter auf Unterlassung des vertragswidrigen Gebrauchs klagen darf, garnicht bedurft, wenn man nicht die Erhebung der Klage von der vorher erfolgten Abmahnung hätte abhängig machen wollen. Der § 550 besagt daher nichts weiter, als dass es beim Vorliegen vertragswidrigen Gebrauchs der gemieteten Sache seitens des Mieters vor der Anstrengung der Klage auf Unterlassung der vorherigen Abmahnung seitens des Vermieters bedarf.

Der Anspruch des Mieters auf Unterlassung des vertragswidrigen Gebrauchs seitens des Mieters ergibt sich also schon daraus, dass ihm nur der vertragsmässige Gebrauch überlassen ist. Wie nun aber der vertragsmässige Gebrauch nicht stets in einem positiven Tun zu bestehen braucht (z. B. ich miete die Drehorgel eines wandernden Orgelspielers für einige Stunden, um dessen Spiel dadurch zu hindern und mir Ruhe zu verschaffen), so braucht der vertragswidrige Gebrauch, also dessen Gegenteil nicht notwendig in einem Tun zu bestehen. Aus diesen Erwägungen könnte man auch die Klage auf positives Tun gegen den Mieter aus § 550 ableiten. Alle diese Pflichten zu positivem Tun, die im einzelnen

Falle anzunehmen sind, bestehen nicht neben der Pflicht zur Unterlassung als selbständige Pflichten, sondern entspringen aus demselben einheitlichen Gesichtspunkte, dass der Mieter zur Unterlassung ordnungswidrigen Gebrauchs verpflichtet ist.*) Diese Verpflichtung zu positivem Tun, soweit dies der vertragsmässige Gebrauch erfordert, ist eine Leistungspflicht im Sinne des § 241. Man hat in der Literatur, so Feder und Nussbaum, angenommen, dass eine solche Verpflichtung zu einem Tun im Sinne des § 241 nicht bestände, dass aber der Mieter, um seiner Rückgabeverpflichtung nach § 556 gehörig nachkommen zu können, hier zu einer nicht klagbaren, wohl aber aus wirtschaftlichen Rücksichten sich ergebenden „unechten" Leistung verpflichtet sei, wie etwa beim Kauf der Käufer bis zur Übergabe der Sache dafür zu sorgen habe, dass er die Sache rechtzeitig übergeben könne. Ganz abgesehen davon, dass wir es im Rechtsleben eben nur mit rechtlichen, nicht mit wirtschaftlichen Verpflichtungen zu tun haben, verpflichtet mangels besonderer Abmachung der Kauf den Käufer eben nur zur Übergabe, während der Mietvertrag, wie wir darzulegen versucht haben, den Mieter zu den positiven Handlungen nötigt. Ob nun aber ein Unterlassen des Mieters sich im einzelnen Falle als ein vertragswidriger Gebrauch, als eine Verletzung des Vertrages darstellt, darüber kann nur der Vertrag im einzelnen entscheiden.**) Miete ich mir ein Pferd zu einer 8tägigen Tour so wird niemand zweifeln, dass der Vermieter gegen mich einen klagbaren Anspruch auf Fütterung des Pferdes hat und wird den Vermieter darauf verweisen, dass er gegen mich einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann, wenn sich bei Beendigung der Miete herausstellt, dass er das Pferd nicht zurückgeben kann.***) Dieses Füttern ist

*) Anders allerdings Gruchot Bd. 46, S. 279.

**) Archiv für Bürgerl. Recht, Bruck, Bd. 27, Heft 1, S. 111/112.

***) Vergl. auch bes. Protokolle Bd. II, S. 187 u. § 547 B. G. B.

nicht, wie Nussbaum und Feder annehmen, lediglich als eine klaglose Vorbereitungshandlung (Nebenverpflichtung) zur Herbeiführung dieses Erfolges der richtigen Rückgabe anzusehen. Wie man schon unter dem alten Rechte das Unterlassen der Ausübung der Obhut, das Reinigen der Schornsteine, Beleuchten der Treppen eines Hauses nach einzelnen Verträgen als Vertragsverletzung angesehen hat, (vergl. Mittelstein, Die Miete S. 97 ff. S. 131 ff.) und dem gegenüber eine Klage auf ein Handeln gestattet hat, so gilt das auch noch heute. So wird man auch das Reinigen der Wohnung, u. U. z. B. auch der Fenster als Verpflichtung anzusehen haben, man denke z. B. der Mieter eines Stockwerks in einer herrschaftlichen Etage putzte seine Fenster nicht, er liesse seine Fenster ohne Gardinen oder Vorhänge. Ob eine Verpflichtung zu einem solchen Tun besteht, kann sich natürlich stets nur aus dem Vertrage ergeben. Dass solche Verpflichtungen zu einem solchen Tun bestehen, bejahen besonders auch Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. § 135 III, 1b, Oertmann zu § 536, Niendorf, Mietrecht nach B. G. B. S. 148. Kuhlenbeck § 550 Anm. 1 Abs. 2. Goldmann, Lilienthal S. 326. Brückner, Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach B. G. B. 1902 S. 52 vergl. auch R. G. Bd. 33 Nr. 50 S. 227, wo es sich allerdings um einen Fall nach A. L. R. handelt. Anderer Ansicht ist dagegen Nussbaum S. 60, ohne überhaupt auf die Sache einzugehen. Führt man die Ansicht Nussbaums durch, so kommt man dahin, dass der Vermieter einen Anspruch darauf hat, dass der Mieter bei starkem Regen, der schräg gegen die Fenster fällt, das Öffnen der Fenster unterlässt, dass er aber nicht verlangen kann, dass der Mieter die Fenster schliesse, die er vorher geöffnet, als der Regen noch nicht in Aussicht stand. Im ersteren Falle braucht sich der Vermieter die Beschädigung seiner Tapeten und seines Parketts durch den ordnungs-

widrigen Gebrauch der Wohnung durch den Mieter während des Regens nicht gefallen zu lassen, im letzteren Falle muss er es tun. Das kann das B. G. B. nicht wollen, und will das B. G. B. nicht! Nussbaum und seine Anhänger konnten ihre Ansicht nur aufstellen dadurch, dass sie bei der Behandlung des § 278 eine Frage aus dem Mietrechte so nebenher abhandelten, ohne zu merken, dass diese Frage selbst einer Vertiefung bedurfte.

Eine Verpflichtung zu positivem Tun ist unbedingt anzunehmen. Geht man aber davon aus, dass solche Verpflichtung besteht, so ist der Vermieter berechtigt, sobald eine solche Verpflichtung verletzt ist, auf Vornahme der Handlung, und sobald durch die Verletzung ein Schaden entstanden ist, auch sofort Klage auf ein Tun oder auch wegen Schadensersatz zu erheben, und ist er nicht erst auf eine Schadensersatzklage bei Beendigung der Miete und Rückgabe der Mietsache verwiesen.*) Dem Charakter der Miete entsprechend muss allerdings dem Mieter ein gewisser Spielraum in der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu einem Tun gelassen werden; so kann der Vermieter z. B. nicht das Reinigen der Fenster an bestimmten Tagen, zu bestimmten Zeiten und Zwischenräumen verlangen, wenn dies nicht im Vertrage ausgemacht ist. So besonders Niendorff, S. 148. Aber sobald der Mieter eine solche Handlung entweder selbst oder durch andere, seine Angehörigen usw. vornimmt, so erfüllt er damit eine ihm dem Vermieter gegenüber obliegende Verpflichtung. Das allein, dass der Vermieter nicht gerade auf die Ausführung der Leistung klagen kann, wie sie der Mieter im einzelnen vornimmt, ist doch nicht so etwas abnormes, dass man daraus entnehmen könnte, es bestände hier nicht eine Verpflichtung im Sinne des § 241. Auch wenn der Schuldner eine bestimmte Geld-

*) Vergl. Brühl, Das Mietrecht, S. 704; Protokolle Bd. II, S. 187.

summe an einem bestimmten Tage schuldet, hat er auch die verschiedensten Möglichkeiten zu zahlen, in 10-Markstücken, in 20-Markstücken zu den verschiedensten Zeiten an dem Tage, durch die verschiedensten Leute usw.; und der Gläubiger hat auch hier nicht die Möglichkeit, den Schuldner gerade auf die eine bestimmte Art dieser Leistungen zu verklagen. Wenn der Schuldner auf eine von den vielen ihm offen stehenden Möglichkeiten zahlt, so erfüllt er damit aber seine Verbindlichkeit. Oder wenn sich jemand dem Eigentümer eines Hauses gegenüber verpflichtet, ständig seinen Hof zu reinigen, so wird jede Reinigungshandlung des Schuldners als Erfüllung seiner Reinigungspflicht anzusehen sein, wenn auch der Gläubiger nicht auf jeden einzelnen Besenstrich, so wie ihn der Schuldner ausgeführt hat, zu klagen berechtigt ist, und zwar als eine Erfüllungshandlung, auf die der Gläubiger trotzdem einen Anspruch hat. Es wäre vielleicht namentlich im Hinblick auf die unglückliche Formulierung des § 550, der allerdings nach den Protokollen Bd. II S. 187 aus Gründen der Deutlichkeit gegeben sein soll, angebracht gewesen, hier eine ausdrückliche Bestimmung, die eine solche Verpflichtung zu einem positiven Tun vorschreibt, zu treffen, wie sie z. B. im gemeinen Recht l. 25 § 3 D. loc.; im A. L. R. I 21 §§ 270, 278, 279; im S. B. G. B. §§ 1191, 1193, 1205 und im C. c. art. 1728 Z. 1 bestanden.*)

9.

Diese Feststellung, dass das vertragswidrige Verhalten, dessen Beseitigung der Vermieter im einzelnen verlangen kann, sowohl in einem Tun, als in einem Unterlassen bestehen kann, ist für die Lösung unserer Frage von grosser Bedeutung. Denn wie wir schon hervorgehoben haben, lässt sich im Einzelfalle nicht feststellen, ob die schädigende

*) Vergl. Brückner, Die Miete § 19 S. 74 Anm. 3, ferner Staudinger § 545I Abs. 2 und die dort angeführten.

Handlung sich als Vertragsverletzung darstellt, ohne die Handlung genau zu substanziieren, die den Schaden verursacht hat. Das ist bei der Miete im einzelnen äusserst schwer, aber zur Lösung unserer Frage unbedingt erforderlich. Nur dann können wir zu einem richtigen Resultate kommen, wenn wir genau prüfen, worin die Vertragsverletzung besteht. Beschädigt das Dienstmädchen des Mieters beim Reinigen der Fenster der Mietwohnung (was dem Mieter nach dem Vertrage in der Regel obliegt) die Fensterscheiben, so beruht die Verletzung in der ordnungswidrigen Ausführung der Verpflichtung zum Fensterputzen; beschädigt dagegen das Dienstmädchen bei der Zubereitung des Bades durch leichtsinniges übermässiges Heizen oder der Besuch durch Zusatz von scharfen Badeessenzen beim Baden die Badewanne, so ist die Vertragsverletzung in dem pflichtwidrigen Unterlassen ordnungswidrigen Gebrauchshandelns zu sehen. Ob im einzelnen Falle der ordnungswidrige Gebrauch als pflichtwidriges Tun oder Unterlassen anzusehen ist, ist stets streng zu scheiden und nicht wie Hoffmann S. 121 dies tut, schlechthin als pflichtwidriger Gebrauch zu behandeln. Das verstösst gegen das Erfordernis der Bestimmtheit der Leistung und verhindert in vielen Fällen die Feststellung, ob überhaupt eine Vertragsverletzung vorliegt. Ein Beispiel mag das zeigen: Ein Dienstmädchen holt aus dem Keller eine Trittleiter, um sie dazu zu benutzen, in dem ersten Stockwerk der von ihrer Herrschaft gemieteten Villa die dem Mieter obliegende Verpflichtung der Reinigung der Fenster zu erfüllen. Da sie mit der Leiter die Treppe unvorsichtig hinaufgeht, zerstösst sie das Treppengeländer. Das Dienstmädchen hat nicht etwa gegen die Verpflichtung verstossen, die Treppe achtsam zu benutzen, weil, wie auch in der Literatur anerkannt,*) zu einer Benutzung selbst keine Verpflich-

*) Goldmann u. Lilienthal S. 560. Oertmannn II. Aufl. § 278 3a Abs. 2 S. 96. Brühl S. 65. Mittelstein S. 132.

tung besteht, sie hat sich auch nicht gegen die Verpflichtung die Fenster ordnungsmässig zu putzen, vergangen; sie hat vielmehr lediglich die Verpflichtung jeden ordnungswidrigen Gebrauch der Treppe zu unterlassen, verletzt. Die Untersuchung, welche Verpflichtung des Mieters die schädigende Handlung im einzelnen verletzt, ist von grosser Bedeutung für die Lösung unserer Aufgabe, weil sich so nur feststellen lässt, ob die Handlung eine Vertragsverletzung ist. Nach den Bestimmungen über den Mietvertrag aber hat der Mieter nur die Verletzungen der ihm durch diesen auferlegten Verpflichtungen (mögen sie nun von ihm oder anderen ausgehen) zu vertreten; für eine Schädigung, die sich nicht als Vertragsverletzung darstellt, hat er dagegen nach den allgemeinen Bestimmungen über die Miete nicht einzustehen. Denn die Gefahr der Mietsache trägt an sich der Mieter, periculum est locatoris.*) Ob sich eine Haftung des Mieters für die Schädigung, die nicht Vertragsverletzung ist, aus dem Verhältnis des Mieters zu der schädigenden dritten Person ergibt, ist eine andere hier zunächst nicht zu erörternde Frage.

Aus dem Mietvertrage jedenfalls wird der Mieter stets nur für Verschulden dritter Personen haften können, wenn sich die schädigende schuldhafte Handlung als eine Vertragsverletzung charakterisiert. Eine solche liegt jedoch nur vor, wenn die schädigende Handlung in der Mangelhaftigkeit oder Unterlassung der Ausführung der betreffenden Verpflichtung zu suchen ist, nicht aber wenn eine Schädigung bei Gelegenheit der Ausführung einer Vertragsverpflichtung ausgeführt wurde. Denn der Mieter hat durch den Mietvertrag lediglich für die Erfüllung seiner sich aus ihm ergebenden Verbindlichkeiten einzustehen, eine Verpflichtung für darüber hinausgehendes Verschulden Dritter, auch wenn die Dritten das Verschulden bei Ausführung einer Verrichtung begehen,

*) Vergl. Staudinger § 556 I 1, Heilfron Lehrbuch Bd. II, S. 126.

besteht nach dem Mietvertrage nicht und kann sich, um dies einmal vorwegzunehmen, auch nicht aus § 278 ergeben, da, wie wir ja gesehen haben, § 278 nicht eine neue Leistungspflicht des Mieters begründet, sondern nur die nach dem Mietvertrage bestehende Verbindlichkeit des Mieters verschärft. An einer solchen Verbindlichkeit würde es jedoch im gedachten Falle fehlen. Nun kann aber in der neben der Ausführung einer Verpflichtung begangenen schuldhaften Schädigung des Vermieters die Verletzung einer anderen dem Mieter obliegenden Verbindlichkeit liegen. Dann aber kommt nur die Verletzung dieser letzteren Verpflichtung in Betracht. Ob im einzelnen die bei der Ausführung einer bestimmten Verpflichtung begangene schuldhafte Schädigung zugleich die Verletzung einer anderen Vertragsverpflichtung ist, kann nur an der Hand des Einzelfalls untersucht werden. Der Mieter silbernen Tafelzeugs beauftragt einen Diener, von dem er weiss, dass er Tafelzeug gut putzt, mit dieser Verrichtung, von der wir einmal annehmen wollen, dass sie dem Mieter nach dem Vertrage obliegt. Der Diener putzt das Tafelzeug auch, aber stiehlt dabei einige silberne Löffel. Das Stehlen der Löffel ist zweifellos keine Verletzung der Vertragspflicht des Mieters zum Putzen des Silbers. Wohl aber kann das Stehlen der Löffel auf die Verletzung einer anderen dem Mieter obliegenden Verbindlichkeit, nämlich seiner Verpflichtung zur Obhut über die Sache — die wir ebenfalls nach dem Vertrage annehmen wollen — (vergl. Oertmann II. Aufl. Vorbem. S. 473 2b) beruhen. Man denke z. B. an den Fall: Der Mieter wusste, dass der Diener Silber stiehlt, wo er es nur bekommen kann.*) Man sollte meinen, dass man darüber überhaupt nicht zweifeln könne, dass in allen den Fällen keine Vertragsverletzung vorliegt, in denen die schädigende schuldhafte Handlung der Mietsache seitens

*) Vergl. das Beispiel bei Brück im Archiv Bd. 27 S. 130.

Dritter lediglich neben der Ausführung einer Vertragsverpflichtung begangen ist, ohne dass sie selbst eine Verletzung der Vertragspflicht ist oder zugleich gegen eine andere Vertragsverbindlichkeit verstößt, und dass darum der Mieter auch nicht für diese schädigende Handlung aus dem Mietvertrage haften könne, weil er aus diesem nur für Vertragsverletzungen haftet. Und trotzdem herrscht in der Literatur darüber grosser Streit. In der Literatur wird die Streitfrage nur bei § 278 besprochen. Die von uns vertretene Ansicht hat aber in allen Fällen zu gelten, in denen wir eine Haftung aus dem Mietvertrage ableiten, gleichgültig, ob mit oder ohne Zuhülfenahme des § 278. Die gegenteilige Ansicht konnte — und darin beruht eben ihr Fehler — nur dadurch entstehen, dass man lediglich aus § 278 eine Lösung unserer Frage — vielleicht in Verkennung des Umstandes, dass § 278 keine selbständige Klage bietet, sondern die Vertragsklage nur modifiziert — gesucht hat und sich bei der Anwendung des § 278 mit der Feststellung begnügt hat, dass der Mieter verpflichtet ist, den vertragswidrigen Gebrauch zu unterlassen, ohne näher auf die Einzelverpflichtungen einzugehen, die sich aus dieser allgemeinen, der erforderlichen Bestimmtheit entbehrenden Leistungspflicht ergeben. So M. Rümelin, die Gründe der Schadenszurechnung 1896, a. a. O. S. 88, Feder, Verantwortlichkeit, S. 41 ff. bes. 45/46. Auf dem von uns vertretenen Standpunkte steht aus denselben, wenn auch nicht so deutlich hervortretenden Gründen, Eck, Vorträge, § 55, 2 S. 274/275, Crome, System, Bd. II § 157, II 1b, Satz 2 S. 118. Ebenso z. B. auch noch Dernburg, das Bürgerliche Recht II,1, § 68 IIIe S. 146, Oertmann, zu § 278, 3c, Staub, H. G. B., Exkurs zu § 58; Nussbaum, Haftung S. 73.

Nur wenn wir im einzelnen Falle völlig klar darüber werden, welche Einzelverpflichtungen sich aus der Pflicht jeden ordnungsmässigen Gebrauch der Mietsache zu

unterlassen, nach dem Mietvertrage ergeben, können wir der Einzelverpflichtung ansehen, ob sie sich nach den soeben gewonnenen Gesichtspunkten als Vertragspflicht darstellt. Und das ist erforderlich, weil der Mieter aus dem Mietvertrage immer nur wegen Vertragsverletzungen haften kann.

10.

Wird also von den Familienangehörigen, den Dienstboten oder dem Logierbesuche durch ordnungswidrigen Gebrauch der Mietsache diese beschädigt, so wird man zunächst zu untersuchen haben, ob nach den so gewonnenen Grundsätzen eine Vertragsverletzung vorliegt, und kommt man zu dieser Annahme, so wird sich die Prüfung darauf zu erstrecken haben, ob die schädigende Handlung sich als eine Verletzung einer durch den Vertrag gebotenen Handlung (oder Unterlassung) darstellt, von der nach dem Vertrage von vornherein feststand,

1. dass sie der Mieter in Person zu bewirken hatte,
2. dass er sie nicht in Person zu bewirken hatte, sondern sich bei dessen Herbeiführung beliebiger anderer Personen bedienen durfte (§ 267 B. G. B).
3. dass sie weder der Mieter, noch beliebige Dritte, sondern vielmehr ganz bestimmte Dritte herbeiführen sollten.*)

Je nachdem das Verschulden sich gegen eine dieser drei Kategorien von Verpflichtungen des Mieters richtet, wird die Behandlung der Haftung des Mieters in den meisten Fällen eine verschiedene sein. Darum ist es unbedingt notwendig, sich die Verpflichtungen des Mieters aus dem Mietvertrage daraufhin näher anzusehen, unter welche von den 3 Gruppen jede einzelne fällt, zumal es häufig nicht leicht sein wird, dies zu entscheiden, namentlich wenn Gruppe 2 und 3 in

*) Vergl. Crome, System Bd. II § 179 S. 220, so auch Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht I S. 433; anderer Ansicht scheint Mittelstein, Die Miete S. 140 zu sein.

Frage kommt. Im einzelnen wird auch hier wieder der Vertrag in seiner Gesamtheit, insbesondere sein Zweck und die Mietsache selbst ausschlaggebend sein. Bei der Verschiedenheit der Mietverträge in unserem heutigen Verkehrsleben lassen sich keine für jeden einzelnen Fall passende Regeln aufstellen, jedoch wird es zur Klarheit beitragen, wenn man die Unterscheidungsmerkmale der drei Kategorien mit einzelnen Verpflichtungen aus dem Mietvertrage in Verbindung bringt. Meistens ist in der Literatur bei der Entscheidung der Fragen die scharfe Trennung der drei Gruppen nicht vorgenommen, andere wie Plank § 278 Anm. 2 behandeln nur Gruppe 1 und 2 besonders, aber die dritte Gruppe heben sie nicht hervor. (Ebenso Feder S. 37.) Auch habe ich in der Literatur diese Gruppe nirgends geschieden gefunden, trotzdem ich mir die äusserst zahlreiche Literatur daraufhin angesehen habe, wenn es auch in Folge der Menge der Literatur nicht ausgeschlossen ist, dass ich die Behandlung dieser Gruppe irgendwo übersehen habe. Es ist allerdings zuzugeben, dass die Fälle der dritten Gruppe äusserst versteckt liegen.

Wie die Literatur die Gruppen 1 und 2 grundsätzlich verschieden behandelt, so ist auch Gruppe 3 meines Erachtens aus einem anderen Gesichtspunkte zu lösen, als eine der beiden anderen Gruppen.

11.

Aus dem jeweils vorliegenden Mietvertrage kann hervorgehen, dass eine Leistung des Mieters, die eine rechtliche Folge seiner Berechtigung zum ordnungsmäßigen Gebrauch und seiner Verpflichtung zur Unterlassung des ordnungswidrigen Gebrauchs ist, nach dem Vertragswillen, nur vom Mieter persönlich vorgenommen werden soll.*) Ein Mechaniker

*) Vergl. Endemann, Lehrbuch Bd. II. § 116 Anm. 7, S. 654, Oertmann im Archiv Bd. 82 S. 383.

vermietet an einen Arzt oder einen sonstigen Fachmann ein Instrument so kunstvoller Art, dass man verkehrsüblich ein solches nicht fachkundigen Leuten, selbst einem Laboratoriendiener, weder zum Gebrauch noch selbst zur Reinigung anvertraut. Daraus folgt in Verbindung mit den oben aufgestellten Grundsätzen namentlich bei der Miete auf längere Zeit, dass der Arzt usw. auch die Reinigung in Person zu besorgen hat, und sie nicht Dritten überlassen darf, vorausgesetzt, dass das Instrument nur für seinen persönlichen Gebrauch gemietet ist.

12.

So klar wird dies im Einzelfalle nicht immer sein. Der § 267 B. G. B. gibt uns eine Richtschnur. Aus ihm ergibt sich der Grundsatz, dass, wenn der Schuldner sich zu einer Leistung verpflichtet, grundsätzlich nicht in Person zu leisten hat. (Planck, B. G. B. § 267 Anm. 1.) Man wird also bei allen Leistungen, zu dem der Mieter nach dem Vertrage nach obigen Grundsätzen verpflichtet ist, annehmen, dass er nicht in Person zu leisten hat, sondern Hilfspersonen verwenden darf, sofern nicht (etwas anderes besonderes ausgemacht ist oder) aus den Umständen etwas anderes sich ergibt, was, wie wir noch sehen werden, garnicht so selten vorkommt, wie es zunächst scheinen mag. Zu den Leistungen, die der Mieter nicht in Person vorzunehmen hat, werden regelmäßig die positiven Handlungen zu rechnen sein, zu denen der Mieter im Interesse der Erhaltung der Sache aus seiner Gebrauchsberechtigung verpflichtet ist, wie z. B. die Obhut der Mietsache, bei einer Wohnung das Reinigen, Lüften, bei einem Tiere, das auf längere Zeit gemietet ist, die Wartung, Verpflegung und Bewegung. Zu einer ganzen Kategorie von Leistungen im Sinne des § 241 darf sich der Schuldner keines Gehülfen bedienen. Das sind die Unterlassungen. Sie sind höchst persönliche oder um mit Oertmann

(im Archiv Bd. 82 S. 383 im Anschluss an Koch) zu sprechen, nicht fungible Leistungen. Das zeigt sich schon daraus, dass die Zivilprozessordnung im § 890 Zwangsvollstreckungen, die ein Unterlassen herbeiführen sollen, in ihrem Wesen genau so behandelt, wie die Zwangsvollstreckung zum Zweck der Erwirkung einer höchstpersönlichen Handlung (soweit diese ausschliesslich vom Willen des Schuldners abhängt) und dass die Gründe, warum beide Arten der Zwangsvollstreckung in gleicher Weise und in so grosser Abweichung von der gewöhnlichen Zwangsvollstreckung geregelt sind, nur darin zu suchen sind, dass beide Arten der Leistungen nicht fungibel sind. Das Wesen der vertretbaren, fungiblen Handlung besteht darin, dass es bei ihm den Parteien völlig gleichgültig ist, ob der Schuldner die Handlung vornimmt, oder ob der Schuldner sie durch einen anderen vornehmen lässt und er sie dann selbst unterlässt (d. h. sie nicht vornimmt), wenn nur der gewollte Erfolg eintritt. Bei der Verpflichtung zu einer Unterlassung würde der Erfolg ein ganz anderer als der gewollte sein, wenn der Schuldner die Unterlassung durch einen anderen bewirken liesse und dann selbst der Unterlassungspflicht nicht nachkäme, was er doch dürfte, wenn die Leistung fungibel wäre. Nimmt die in einem Unterlassen bestehende Handlung ein anderer als der Schuldner vor, so ist das von der nach dem Vertrage gewollten Leistung eine völlig verschiedene. Wenn sich der Konkurrent gegenüber einem anderen verpflichtet, den Betrieb seines Konkurrenzgeschäftes zu unterlassen, so soll nach dem Vertrage gerade der Konkurrent und kein beliebiger Anderer den Betrieb unterlassen. Das Gesetz selbst stellt im § 549 Abs. 1 ein solches Beispiel einer Verpflichtung des Schuldners zu einem Unterlassen auf. Es würde dem Vermieter wenig nützen, wenn der Mieter die Pflicht zur Unterlassung der Überlassung der Wohnung an einen Dritten durch eine andere Person ausüben liesse, die

er ja stets in unzähliger Zahl finden würde, und selbst — das wäre doch die Folge des § 267 — das Gegenteil ausüben könnte.

13.

Mit diesen Fällen der Verpflichtung zu einer Unterlassung des Schuldners sind jedoch nicht die Fälle zu verwechseln, in denen der Schuldner allerdings auch dafür einzustehen verspricht, dass eine Handlung unterlassen werde, aber nicht von ihm allein, sondern von einer bestimmten Person oder einem bestimmten Kreise von Personen. Der Mieter einer Wohnung verpflichtet sich dem Vermieter gegenüber, dass nach 10 Uhr abends in der Mietwohnung nicht Klavier gespielt werde. Darin liegt dann die Verpflichtung des Mieters zu persönlichem Unterlassen, die unter unsere erste Gruppe fällt, und die Verpflichtung des Mieters dafür, dass alle die, die mit ihm die Wohnung teilen, das Spielen unterlassen, eine Verpflichtung, die unter Gruppe 3 fällt.

Somit sind wir dann zur Besprechung dieser Gruppe gelangt. Es wird häufig vorkommen, dass der Vermieter, wenn er einen besonders sorgfältig zu behandelnden Gegenstand vermietet, den Mieter dabei verpflichtet, eine bestimmte ihm obliegende Leistung hinsichtlich der Mietsache nur durch eine bestimmte Person vornehmen zu lassen. Es kann sich dies aber schon auch aus dem Mietvertrage ohne ausdrückliche Bestimmung, besonders aus der Eigenart der Mietsache selbst, ergeben. Immerhin mag dies dann nicht häufig vorkommen, wenn der Mieter den Gegenstand nur für seinen Gebrauch mietet, z. B. der Arzt jenes kunstvolle Instrument. Anders dagegen, wenn der Wille der Parteien dahin geht, dass der Mieter nicht allein, sondern neben ihm noch ein anderer oder ein Kreis von Personen oder vielleicht überhaupt der Mieter nicht, sondern nur ein oder mehrere Dritte die Sache gebrauchen sollen. Man denke z. B. an die vielen

Wohnungsmietverträge, die die Hausväter abschließen. Wenn in unserem Beispiel mit dem kunstvollen Instrument nicht der Arzt selbst, sondern sein Vater zu dessem Gebrauche es mietet, so wird man entsprechend den obigen Erörterungen annehmen müssen, dass der Vertragswille dahin geht, dass nicht der Vater (der Mieter), sondern der Arzt persönlich die Reinigung vornimmt. Auch in den Fällen, in denen der Mieter vom Vermieter die Sache zum Gebrauche durch Dritte gemietet hat, werden die durch den ordnungsmässigen Gebrauch nach obigen erforderlichen Leistungen unter Umständen derartige sein können, dass der Mieter sie in Person auszuüben haben wird, und dann sind sie in der Gruppe 1 abzuhandeln. In der Regel werden die Leistungen derartige sein, dass es in Gemässheit des § 267 nach dem Vertrage gleichgültig ist, wer sie vornimmt, ob der Mieter oder die Dritten, die den Gebrauch machen, oder andere. Dann sind sie unter Gruppe 2 zu behandeln. Wenn das Familienhaupt für den Sommeraufenthalt eine Villa im Gebirge mietet, so ist es völlig gleichgültig, wer die Reinigung, Obhut usw. besorgt. Es werden also die Regelfälle zu positivem Tun hierher gehören. Aber es kann, auch gerade daraus, dass der Mieter die Sache für bestimmte Personen mietet, unter Umständen hervorgehen, dass die nach dem Vertrage auf Seiten des Mieters nötigen Leistungen gerade durch die dritten Personen vorgenommen werden, wie das in unserem Beispiel, in dem der Vater für seinen Sohn das kunstvolle Instrument mietet, der Fall ist. Wenn der Gebrauch durch die Dritten ein Unterlassen (im engeren Sinne) des Missbrauchs der Sache durch die Dritten mit sich bringt, so wird es stets nach den obigen Grundsätzen erforderlich sein, dass der Dritte den ordnungswidrigen Gebrauch unterlässt. Erfordert der Mietvertrag, dass das Betreten des Parketts der Mietwohnung mit Bergschuhen verboten ist, so ist es eine Folge der Berechtigung des Mieters zur Ausübung des

Wohnungsgebrauchs durch seine Angehörigen, dass diese das Betreten des Parketts mit Bergschuhen unterlassen. Was würde es dem Vermieter nützen, wenn der Mieter selbst und noch soviele Dritte an Stelle dessen Familienangehörigen den Parkettsaal nicht mit solchen Schuhen betreten, aber die Familienangehörigen der Pflicht des Mieters, dass dies von den Personen unterlassen werde, dadurch beseitigt wäre, dass diese Pflicht zur Unterlassung durch andere ausgeübt würde? So ergibt sich denn, dass bei jeder Verletzung einer Vertragspflicht genau zu prüfen ist, gegen welche der 3 Gruppen von Handlungen sie sich richtet. Diese anscheinend vom Thema abschweifenden Erörterungen waren aber unbedingt notwendig, um zu einer richtigen Entscheidung zu gelangen, denn bei jeder von den drei Gruppen ist die Behandlung der Haftung für Verschulden Dritter in den meisten und wichtigsten Fällen vollständig verschieden und die meisten Entscheidungen von Beispielen, die zu grossen Streitfragen in der Literatur Anlass gegeben haben, beruhen darauf, dass man diese Unterscheidungen nicht gemacht hat, was besonders für die Gruppe 2 und 3 gilt. (So besonders bei Feder, S. 37.)

14.

In einigen Fällen ist die Behandlung für sämtliche drei Gruppen die gleiche und diese sollen zuerst gemeinsam behandelt werden. Nach § 545 hat der Mieter dem Vermieter unverzüglich Anzeige zu machen, wenn sich im Laufe der Miete ein Mangel an der gemieteten Sache zeigt und ist beim Unterlassen der Anzeige zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Mangels einer Ausnahmebestimmung gilt das auch für einen Mangel, der durch schuldhaftes Verhalten der Familienangehörigen, Dienstboten und des Logierbesuches verursacht ist. Soweit also der Schaden an der Mietsache, der durch eine vertragswidrige

schuldhafte Handlung dieser Personen verursacht ist, sich auch auf die schuldhafte Unterlassung der Anzeige durch den Mieter zurückführen lässt, haftet für ihn der Mieter nach § 545 in Verbindung mit §§ 275, 276. Das Dienstmädchen benutzt die Kochküche entgegen dem Vertrage ständig als Waschküche und geht dabei mit dem Wasser unvorsichtig um, so dass das Holz des Fussbodenbelages an einer kleinen Stelle stockt. Trotzdem der Mieter dies findet, zeigt er den Schaden dem Wirt nicht an und infolgedessen bildet sich der Schwamm in der Küche, der vermieden wäre, wenn der Vermieter auf die Anzeige des Mieters durch eine kleine Reparatur die schadhafte Stelle hätte beseitigen können, von der aus der Schwamm entstanden ist. Der Mieter haftet hier aus § 545 in Verbindung mit §§ 275, 276. Wie aus unseren späteren Erörterungen hervorgehen wird, kann er unter Umständen auch nach § 535 (§§ 550, 556) aus dem Verschulden des Dienstmädchens heraus haften. Der Vermieter kann sich dann auf beide Klaggründe stützen und dies wird er auch zweckmäßig bei jeder Klage tun, da sich häufig erst im Prozesse herausstellen wird, für welchen Klaggrund ihm die Erklärungen des Mieters auf seine Behauptungen und eventuell die unter Umständen nötige Beweisaufnahme günstiger ausfallen wird.

15.

Unter einer weiteren Voraussetzung ist die Entscheidung über die Haftung des Mieters bei Vertragsverletzungen durch Dritte grundsätzlich dieselbe, gleichgültig, ob die Verletzung durch eine Handlung irgend einer der 3 Gruppen begangen ist, u. z., wenn der Dritte die Handlung ohne oder sogar gegen den Willen des Mieters begangen hat. Beruht die Handlung des Dritten nicht auf dem Willen des Schuldners, so kommt es im einzelnen Falle darauf an, ob darin, dass der Dritte die Handlung überhaupt vornehmen konnte, nicht

eine Verletzung einer anderen dem Mieter nach dem Vertrage obliegenden Pflicht, z. B. seiner Obhutspflicht liegt, die sich ja auch aus dem Mietvertrage, wie wir gesehen haben, ergeben kann. (So auch Neumann § 276 Note 6.) Denn wenn eine solche Verletzung anzunehmen ist, dann haftet der Mieter und zwar auf Grund seines eigenen Verschuldens nach § 276, das in der Verletzung dieser Verpflichtung z. B. der Obhutspflicht zu sehen ist. Das gilt für die Handlungen aller drei Gruppen. Bei der dritten Gruppe wird es allerdings meistens nicht möglich sein, dass die Vornahme der Handlung durch die Dritten ohne den Willen des Mieters geschieht, weil sich ja die Verpflichtung zur Vornahme der Handlung durch den Dritten, wie wir gesehen haben, regelmäßig erst aus der Berechtigung des Mieters, die Sache durch die Dritten gebrauchen zu lassen, ergibt, wie z. B. die Verpflichtung der Unterlassung ordnungswidrigen Gebrauchs durch die Mitbewohner. Der Gebrauch und damit auch die Verpflichtung den ordnungswidrigen Gebrauch zu unterlassen, wird meistens auf den Willen des Mieters bei der letzten Gruppe zurückzuführen sein, z. B. der Mieter zieht mit seiner Familie in die Wohnung, oder er weist sie an, einzuziehen, der Mieter gibt dem Vermieter Auftrag, die gemietete Sache der Person zuzuschicken, die den Gebrauch machen soll. Beruht jedoch die Vornahme der Handlung nicht auf dem Willen des Mieters, so haftet er nach obigen Grundsätzen, wenn die Möglichkeit der Vornahme der Handlung durch den Dritten auf sein eigenes Verschulden zurückzuführen ist, wie bei den übrigen Gruppen. Als Beispiel für alle drei Gruppen möge uns das Beispiel des Mietvertrages über jenes kunstvolle Instrument dienen. Dadurch, dass der Arzt als Mieter durch das Mieten des Instruments die persönliche Verpflichtung zur lediglich persönlichen Benutzung und Reinigung übernimmt, verpflichtet er sich auch zu gleicher Zeit zu einer von den gewöhnlichen Fällen ab-

weichenden und gesteigerten Obhut über die Sache. Legt er nun das Instrument unachtsamer Weise nach der Benutzung auf ein Rück, wo er sonst die weniger empfindlichen Instrumente hinlegt, die sein Dienstmädchen oder einer seiner Angehörigen zu reinigen pflegt, und nimmt nun das Mädchen seiner Gewohnheit gemäß, aber ohne den Willen des Arztes, die Reinigung des kunstvollen Instruments nebst anderen auf demselben Rück liegenden Instrumenten vor, so haftet der Arzt für schuldhafte Beschädigung seitens des Mädchens aus seinem eigenen Verschulden, das darin besteht, dass er es bei seiner Verpflichtung zur Obhut an der nötigen Sorgfalt hat fehlen lassen, die ihn davon hätte abhalten müssen, das Instrument auf das Rück zu legen. Das wäre ein Beispiel für die erste Gruppe. Hat nun nicht der Arzt, sondern dessen Vater für ihn das Instrument unter der Bedingung gemietet, dass der Arzt das Instrument selber reinige, und er dies dem Arzte sage, so handelt der Vater schuldhaft, wenn er seinem Sohne bei der Auslieferung des Instruments dies nicht mitteilt, und er haftet auf Grund dieses Verschuldens, auch wenn der Arzt ohne den Willen seines Vaters selbst etwa das Instrument durch das Dienstmädchen reinigen lässt. Dieses Beispiel würde unter die dritte Gruppe fallen. Ist das Instrument nicht so kunstvoll, dass die Reinigung unbedingt durch den Arzt, der das Instrument gemietet hat, erfolgen müsste, sondern erscheint es nur nötig, dass er dem, der es reinigt, eine bestimmte Anweisung gibt, z. B. ihm sagt, dass es nur mit kaltem, nicht mit warmem Wasser zu reinigen ist, so haftet der Arzt auf Grund seines eigenen Verschuldens, das in der versehentlichen Unterlassung der Unterweisung besteht, ohne Rücksicht darauf, dass etwa das Dienstmädchen, das das Instrument ohne seinen Willen vor der erhaltenen Instruktion reinigt, ein Verschulden insofern trifft, als es nicht den Arzt vorher danach gefragt hat, wie es die Reinigung vornehmen solle,

obwohl er dem Mädchen dahingehende Anweisung ein für alle Male gegeben hat, sobald es ein neues Instrument auf dem bezeichneten Rück finde. So würde sich das Beispiel für die zweite Gruppe von Handlungen gestalten.

Der Fall kann sich jedoch weiter komplizieren, doch halten wir uns, um dies zu zeigen, der Erleichterung der Verständlichkeit halber, an unser Beispiel für die erste Gruppe. Bleiben wir dabei, dass der Arzt das Instrument gemietet hat, und dass zwar die Pflicht zur Reinigung des Instrumentes dem Arzte obliegt, dass er aber sehr wohl die Obhutspflicht durch andere, z. B. seine Laboratoriendiener, ausüben darf. Nun legt nicht der Arzt, sondern der Laboratoriendiener schuldhafter Weise das Instrument auf jenes Rück, und nicht in einen verschliessbaren Schrank, wie dies nötig gewesen wäre. Die Entscheidung, ob der Arzt für die schuldhafte Beschädigung des Instruments durch das Dienstmädchen beim Reinigen einzustehen hat, wird sich, da das Mädchen ohne seinen Willen die Reinigung vorgenommen hat, in erster Linie danach richten, ob er für das Verschulden seines Dieners einzustehen hat. Da die Ausübung der Obhutspflicht durch den Diener mit dem Willen des Mieters geschehen ist, ist dies später zu erörtern. Denn jetzt handelt es sich nur um die Fälle, in denen der Dritte ohne den Willen des Mieters die Handlung vorgenommen hat. Alle diese Entscheidungen hängen eng zusammen mit der Lehre vom Kausalzusammenhang, die wir jedoch nicht in unsere Erörterung zu ziehen haben, soweit dies nicht unbedingt erforderlich ist.

16.

Ist nun aber wie vorstehend die Haftung des Mieters für schuldhafte Handlungen Dritter, die ohne seinen Willen geschehen sind, nicht auf sein eigenes Verschulden zurückzuführen, z. B. nicht auf die mangelhafte Obhutspflicht, so

kann es sich nur noch darum handeln, ob der Mieter aus § 278 für das Verschulden der Dritten haftet, ob also die Personen, die ohne seinen Willen die Handlung vorgenommen haben, Personen sind, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bediente. Die Anwendung des § 278 auf diese Fälle ist jedoch ausgeschlossen, weil ein Sichbedienen anderer seitens des Mieters begrifflich nur mit seinem Wissen und Willen geschehen kann, während in unseren Fällen die Handlung gerade ohne den Willen des Mieters geschehen ist.*) Anderer Ansicht scheint Planck, jedoch ohne Begründung zu sein, wenn er sagt: „Die Vorschrift des § 278 bezieht sich zwar ihrer Fassung nach auch auf diesen Fall und ist ihrem positiven Inhalte nach auch für ihn zutreffend.“ Das Handeln des Dritten ohne den Willen des Mieters ist daher beim Fehlen eines Verschuldens des Mieters nicht anders zu beurteilen, als ein Zufall. Und das dürfte auch vollständig unserem Rechtsgefühle entsprechen. Es ist jedoch möglich, dass sich aus dem Verhältnis des Mieters zum Dritten eine Haftung ergibt, man denke z. B. an § 832, aber davon ist später zu sprechen. Hier handelt es sich nur um die Haftung des Mieters aus dem Mietvertrage, also aus seiner Rechtsbeziehung zum Vermieter.

17.

Danach sind also die Handlungen aller drei Gruppen dann einheitlich zu behandeln, wenn die Vornahme der Handlung ohne den Willen des Schuldners geschehen ist. Anders dagegen, wenn die Vornahme der Handlung durch den Dritten auf den Willen des Schuldners zurückzuführen ist. Dann müssen wir jede Gruppe für sich behandeln.

---

*) So auch Crome, Bd. II § 157 II 1, b. S. 118. Dernburg, Bd. II 1, § 68 IIIa, S. 145. Endemann, Bd. II § 116, 2; bes. Anm. 9 S. 654. Feder, S. 35. Schollmeyer, § 278, 1b. Redlich, S. 47.

Fassen wir daher zunächst die Handlungen ins Auge, zu deren Vornahme der Mieter persönlich nach dem Vertrage verpflichtet ist. Lässt der Mieter es geschehen, dass eine solche Leistung durch einen Dritten, z. B. das Dienstmädchen, erfüllt wird, so verletzt er dadurch seine eigene Vertragspflicht, und er hat in diesem Falle nicht für das Verschulden der Dritten, sondern für sein eigenes Verschulden nach §§ 275, 276 einzustehen, das in der Überlassung der Ausführung an den Dritten besteht. Soweit die Literatur auf diese Fälle zu sprechen kommt, entscheidet sie sie in demselben Sinne.*) Hierher ist also auch der Fall zu rechnen, dass der Mieter die Mietsache ohne Erlaubnis des Vermieters an Angehörige, Dienstboten, Logierbesuch überlässt und durch die Unterlassung der Überlassung der Mietsache Schaden an ihr entsteht. Nach dem Wortlaute des § 549 Abs. 2 („auch wenn") kann man eine Haftung für den Fall unerlaubter Überlassung auch aus diesem Paragraphen herleiten, kann aber auch annehmen, dass er die Haftung des Mieters dafür voraussetzt, weil er eben nur die Haftung für den Fall erlaubter Überlassung erwähnt. Die letztere Ansicht ist wohl die richtigere. Aber selbst wenn man sich der anderen anschlösse, folgt daraus noch nicht die Unrichtigkeit der Ableitung der Haftung des Mieters, wie wir sie gegeben haben. Der § 549 Abs. 2 wäre dann insoweit lediglich eine überflüssige Wiederholung des allgemeinen Grundsatzes für einen Einzelfall. Solche Wiederholungen finden sich der Deutlichkeit wegen in Gesetzen öfter.

*) Vergl. besonders Planck § 278 Anm. 2 Abs. 3 Mitte S. 51, Rehbein, Bd. II. S. 106, No 92, Motive II. S. 29. Neumann, § 278, Anm. 1. Kuhlenbeck, § 278, Anm. 6. Oertmann, zu § 278, Anm. 4. Staub, H. G. B., Exkurs zu § 58, S. 231, Anm. 27. Feder, S. 36. Dann für das alte Recht bes. Goldschmidt, Zeitschritt, Bd. 16. S. 298.

18.

Soweit die schuldhatten Verletzungen von Verpflichtungen, die der Mieter nach dem Vertrage in Person vorzunehmen hat! Daran ist nun unsere zweite Hauptgruppe von Fällen anzuschliessen, in denen die schuldhaften Beschädigungen der Mietsache sich als Verletzungen von Vertragsverpflichtungen darstellen, zu deren Erfüllung der Mieter nicht in Person verbunden ist, sondern andere Personen verwenden darf, ohne dass aber von vornherein nach dem Vertrage ein bestimmter Dritter die Erfüllung vorzunehmen hatte.

19.

Ist eine von diesen Handlungen mit dem Wissen und Willen des Mieters vorgenommen, und durch mangelhafte, schuldhafte Ausführung seitens des Dritten die Mietsache beschädigt, so kann die schuldhafte schädigende Handlung auf einem Verschulden, Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Mieters beruhen. Der Mieter gibt seinem Sohne Weisung, das gemietete Pferd mit frischem, feuchtem Heu zu füttern, obwohl er (wie sein Sohn) weiss, dass das Pferd davon krank werden muss (vielleicht gerade weil er dies beabsichtigt, um den Vermieter zu schädigen). Infolge der Ausführung der Fütterung stirbt das Pferd. Der Mieter eines Ladens beauftragt sein Dienstmädchen mit der Reinigung des grossen Schaufensters (zu der er nach dem Vertrage verpflichtet sein soll), obwohl er genau weiss, dass es nicht die nötige Geschicklichkeit und Achtsamkeit zur Verrichtung solcher Arbeit besitzt. Infolge seiner Unachtsamkeit zertrümmert es die Scheibe. In allen diesen Fällen steht die schädigende Handlung im Kausalzusammenhange mit dem Verschulden (Verletzung seiner Verpflichtung zur gehörigen Obhut, Pflege usw.) und der Mieter haftet darum für das Verschulden der Dritten aus seinem eigenen Verschulden nach §§ 275, 276. So auch Crome, System, Bd. II. § 157 II 2 S. 119. Crome

untersucht allerdings zuerst, ob wegen der Schädigung durch den Dritten der Schuldner nicht aus dem Verschulden des Dritten einzustehen hat und stellt darauf den Satz auf, dass der Schuldner, wenn sich so keine Haftung ergibt, „dann nur für etwaiges eigenes Verschulden“ haftet, das „in der Auswahl ungeeigneter Personen, schlechter Instruktion“ liegen könne. Daraus geht aber noch keineswegs hervor, dass Crome im einzelnen erst geprüft wissen will, ob für eine schädigende Handlung Dritter der Schuldner aus dem Verschulden der Leute haftet und es erst dann, wenn dies nicht der Fall sei, auf das daneben noch gegebene Verschulden des Schuldners selbst ankomme, vielmehr liegt hier wohl lediglich eine nicht korrekte Ausdrucksweise vor, die ihren Grund darin hat, dass Crome auf das Verschulden des Schuldners selbst nur nebensächlich zu sprechen kommt, während er die Frage behandelt, wann der Schuldner für Verschulden der Mittelspersonen aus § 278 einzutreten hat.*) Sollte Crome jedoch dem eigenen Verschulden des Schuldners nur eine subsidiäre Bedeutung beilegen wollen, so wäre das unrichtig. Denn wenn die schädigende Handlung der Dritten auf einem Verschulden des Schuldners selbst beruht, so haftet er aus diesem Verschulden, gleichgültig, ob der handelnde Dritte selbst schuldhaft gehandelt hat oder nicht. Liegt der schädigenden Handlung zugleich ein Verschulden des Dritten zu Grunde, so steht mit dem Schaden im Kausalzusammenhang sowohl das Verschulden des Schuldners, als das des Dritten. Denn der Schaden wäre nicht eingetreten, wenn der Schuldner nicht die unzuverlässige Person beauftragt hätte; er wäre aber auch dann nicht eingetreten, wenn die dritte Person nicht schuldhaft gehandelt hätte. Danach ist also die „Ursache“ des Schadens sowohl das Verschulden des Schuldners, als das des Dritten**) nebeneinander. Die

*) Ebenso erklärt sich dasselbe Vorgehen Oertmann's § 549, 7 bei einem ähnlichen Falle.

**) Vergl. v. Liszt, Die Deliktsobligationen § 5 S. 68 ff.

Haftung des Mieters wird sich aus dem Verschulden des Schuldners ohne weiteres herleiten lassen; aus dem Verschulden der Leute dagegen daneben auch dann, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Mieter dafür einzutreten hat. Es mag immerhin zweifelhaft sein, ob die Haftung sich auf das Verschulden des Schuldners und daneben (beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) auch auf das der Dritten gründen lässt, ob nicht vielmehr die Haftung des Schuldners aus seinem eigenen Verschulden die letztere absorbiert. Doch wird man dies wohl mit Planck § 278, Anm. 2 Abs. 2 Satz 2, Hoffmann, S. 16 und Mittelstein S. 144 § 36 Nr. 2 nicht annehmen können. In den Fällen der Gruppe 1, also wo der Schuldner zur persönlichen Leistung verpflichtet war und der von ihm zugezogene Dritte diese Leistung schlecht ausführte, konnte nur eine Haftung aus dem Verschulden des Schuldners in Frage kommen, aber nicht noch daneben eine Haftung aus § 278 für das Verschulden der Dritten, weil § 278 die Zulässigkeit der Zuziehung Dritter voraussetzt und diese in jenem Falle nicht vorhanden war, während sie hier vorliegt (vergl. Feder S. 36). Uns kam es vor allem darauf an, dass in den vorliegenden Fällen fungibler Leistungen aus dem Verschulden des Schuldners trotz des Vorhandenseins eines Verschuldens seiner Hülfspersonen ein Schuldgrund zur Haftung hergeleitet werden kann, der nicht bloß subsidiärer Natur ist. (Ebenso Staudinger, Kommentar 1901 II § 278 II 2 e, vergl. dazu Planck, § 278, Anm. 2, aus der unsere Ansicht allerdings nicht ganz klar, aber doch wohl mit ziemlicher Gewissheit hervorgeht.)

20.

Sieht man nun bei den Verletzungen von solchen Handlungen, die der Schuldner weder in Person, noch durch bestimmte Dritte nach dem Vertrage zu bewirken hatte, und die mit seinem Wissen vom Dritten vorgenommen sind, von

dem eigenen Verschulden des Schuldners ab, so kann aus dem Vertrage der Schuldner für das Verschulden der Dritten nur dann haften, wenn er für das Verschulden der Dritten einzustehen hat, oder, um die Ausdrucksweise des § 275 zu wählen, wenn das Verschulden ein Umstand ist, den er zu vertreten hat. Es kann nur die Anwendung des § 278 in Frage kommen, und seine Anwendung ist für unsere Fälle bedenkenfrei. Nach § 278 hat der Schuldner das Verschulden der dritten Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, im gleichen Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Dass unter dem Ausdruck „Verbindlichkeit" im § 278 jede rechtliche Verpflichtung im Sinne des § 242 oder um mit dem § 362 zu sprechen jede geschuldete Leistung fällt, geht daraus hervor, dass das Gesetzbuch den Ausdruck Verbindlichkeit in diesem Sinne in unzähligen §§, wie z. B. 181, 280, 325, 340, 341 — Feder zählt S. 44 nicht weniger als 44 §§ auf — gebraucht. Darüber herrscht auch in der Literatur kein Streit (so sowohl Nussbaum S. 52 als sein Gegner Feder S. 44). Der Streit dreht sich nur darum, ob der Ausdruck Verbindlichkeit noch weiter zu fassen ist. Dieser Streitpunkt beschäftigt uns hier nicht. Denn wir haben es nur mit den nach den früher festgestellten erzwingbaren Verpflichtungen des Mieters zu tun, wir werden aber später darauf zurückkommen.

Da uns jetzt nur solche Erfüllungshandlungen interessieren, die mit dem Willen des Mieters durch andere vorgenommen sind, so ist auch der weiteren Voraussetzung des § 278 genügt, dass die anderen Personen solche sind, deren sich der Mieter zur Erfüllung b e d i e n t. Es ist nun nicht notwendig, dass stets ein Auftrag, Dienst-, Werk- oder sonst irgend ein Vertrag bezüglich der vorgenommenen Leistung besteht. Es kann sich vielmehr diese Voraussetzung aus der Stellung des Dritten zum Mieter ergeben.*) Wenn das Dienstmädchen

*) Vergl. Bruck im Archiv Bd. 27 S. 1119.

in der Mietwohnung die Treppen reinigt, die Küche sauber hält, so nimmt es eben die Handlungen vor, die ihm nach dem zwischen ihm und dem Mieter abgeschlossenen Dienstvertrage obliegen, und daher bedient sich der Mieter des Dienstmädchens dann, wenn es eine solche Handlung vornimmt, auch wenn der Mieter im Einzelfalle nichts von der Vornahme weiss. Dasselbe wird man annehmen müssen, wenn die Tochter oder Ehefrau des Mieters solche Verpflichtungen des Familienhauptes erfüllen, zu denen sie kraft ihrer familienrechtlichen Stellung zu ihm nach §§ 1356 und 1617 B. G. B. verbunden sind. Aber auch darüber hinaus, wird man häufig aus den Umständen den Willen des Mieters annehmen können, so z. B. wenn er stillschweigend seinen Familienangehörigen, seinem Logierbesuche die ihm obliegenden Verrichtungen überlässt. Bei einem Landwirte, der sich ein Pferd auf einige Wochen gemietet hat, ist ein Verwandter zu Besuch, der, um sich etwas nützlich zu machen, die Pferde seines Wirtes füttert, so lange er bei ihm zu Gaste ist. Der Mieter stellt das gemietete Pferd nach jedesmaligem Gebrauche in den Stall zu seinen Pferden. Wenn nun der Gast das Pferd mit den Pferden des Wirtes füttert, so wird man anzunehmen haben, dass es mit dem Willen des Mieters geschieht, dass der Mieter seines Gastes sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zum Füttern des Pferdes bedient.

Gegen solche Anwendung des § 278 sind in der Literatur nirgends Bedenken erhoben. Streitig ist nur, ob der Mieter auch für den Schaden aufzukommen hat, den der Dritte nicht in Verrichtung, sondern nur bei (d. h. gelegentlich) der Verrichtung der Erfüllungshandlung an der Mietsache angerichtet hat. Wir haben schon an früherer Stelle des Näheren hervorgehoben, dass aus dem Verhältnis des Mieters zum Vermieter eine Haftung des Mieters nur wegen Vertragsverletzung hergeleitet werden kann.*) Da nun aber

*) Vergl. Endemann Lehrbuch Bd. II. § 116 Anm. 11 Satz 3.

der § 278, wie wir ebenfalls schon des Weiteren erörtert haben, keine selbständige Verpflichtung eines der Vertragsparteien begründet, sondern die nach dem einzelnen Vertragsverhältnis bestehenden Verpflichtungen nur verschärfen will, so kann der Mieter dann nicht nach § 278 für die neben der Verrichtung einer Verpflichtungshandlung begangene Schädigung haften, wenn sich die schädigende Handlung nicht zugleich noch als eine Verletzung einer anderen Verpflichtung des Mieters darstellt. Die gegenteilige Ansicht widerspricht daher nicht bloss, wie Feder S. 46 annimmt, „vielleicht etwas dem Wortlaut des Gesetzes", sondern sie widerspricht auch durchaus seinem Grundgedanken. Mit Recht hebt Dernburg hervor, dass die Bestimmung des § 278 in der von uns vertretenen Beschränkung mit anderen Vorschriften aus den neueren Gesetzesbüchern, insbesondere B. G. B. § 31 und H. G. B. § 486 Z. 2 harmoniert, und dass die im § 431 H. G. B. darüber hinaus statuierte Haftung für Verschulden Dritter, das bei der Ausführung begangen ist, auf der auch in der Denkschrift des Bundesrats zu § 405 des Entwurfs des H. G. B. S. 261 ausgesprochenen Absicht beruht, in dem Falle des § 431, die nach § 278 B. G. B. bestehende Haftung für Verschulden Dritter zu erweitern.*) Wollte man den Mieter nach § 278 haftbar machen für jede schädigende Handlung, die der Dritte bei Erfüllung einer Verpflichtung ausführt, so würde man hier aus dem Mietvertrage zu einer weitergehenden Haftung des Mieters für das Verschulden der Dritten, als für sein eigenes Verschulden kommen. Nimmt der Mieter selbst gelegentlich der Erfüllung einer Vertragspflicht eine schädigende Handlung vor, die nicht selbst sich als eine Verletzung der ihm obliegenden Leistungen darstellt, so haftet er hierfür nicht nach dem Mietvertrage, sondern höchstens nach den Grund-

*) Vergl. Eck, Vorträge Bd. II, S. 274/275, Nussbaum, S. 73 ff. bes. 76/77.

sätzen über unerlaubte Handlungen. Man würde also tatsächlich durch § 278 eine neue Verpflichtung erst schaffen, während doch § 278 schon nach seinem Wortlaute eine bestehende Verpflichtung voraussetzt.*) Ist die schädigende Handlung nur neben einer Erfüllungshandlung begangen, ohne selbst sich als Vertragsverletzung darzustellen, so kann die Schädigung nur eine unerlaubte Handlung sein und der Schuldner für sie nicht aus dem Vertrage, sondern nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen haften.**) Es kann dabei kein Unterschied gemacht werden, ob der Schuldner selbst, oder ob seine Gehülfen die Handlung vornehmen. Wenn nun zwar, um einmal das von der Haftung für unerlaubte Handlungen vorauszunehmen, § 278 eine Erweiterung aller Verpflichtungen ist, gleichgültig, ob sie ihren Grund in einem Vertrage oder Gesetze (Schuldverhältnisse) haben, so kann doch § 278 nicht auf die Verletzungen der Verpflichtungen Anwendung finden, die als stillschweigende Voraussetzung der Haftung für jede unerlaubte Handlung anzusehen sind. Die §§ 823 ff. gehen zwar von dem Grundsatze aus, dass jeder verpflichtet ist, schädigende Handlungen Dritter zu unterlassen.***) Es kann wohl nicht bestritten werden, dass diese Verpflichtung eine höchstpersönliche, mehr dem öffentlichen Rechte angehörige Verpflichtung ist,†) sodass die Anwendung des § 278 schon deshalb ausgeschlossen ist, weil § 278 nur dann Anwendung zu finden hat, wenn es sich um fungible Handlungen dreht, wie wir ja oben gesehen haben.

---

*) Wie Crome Bd. II, § 157 S. 117, Eck, Vorträge, S. 272, Endemann, § 116 Ia S. 653 bestätigen.

**) So auch Endemann, § 116 Anm. 11, Staub H. G. B., Exkurs zu § 58 Anm. 29.

***) So auch Crome II § 324 Anm. 1 S. 1011.

†) Vergl. Feder S. 41/42, Endemann II § 300 3b S. 1262.

Daraus erklärt es sich dann auch, dass der Abschnitt über unerlaubte Handlungen Specialvorschriften über die Haftung für Handlungen Dritter enthalten, wie z. B. § 832 und bes. 831. Insofern ist also wirklich § 831 eine Ausnahme zu § 278, was von Liszt S. 103 und Hoffmann S. 13 als eine unrichtige Ansicht Endemanns II § 116, 4 Anm. 19 S. 657 darzustellen suchen. Da § 278 nur dispositiver Natur ist, ist diese Ausnahme zulässig. Wollte man § 278 auch auf die schädigenden Handlungen anwenden, die neben der Erfüllung einer Verpflichtung von Dritten verschuldet sind, aber sich selbst nicht als Vertragsverletzungen darstellen und daher nur unerlaubte Handlungen sein können, so begründete man durch § 278, der subsidiären Bestimmung, eine Haftung, die § 831, die primäre Bestimmung, gerade nicht eintreten lassen will. Denn nach § 831 soll, wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt (also z. B. den Dienstboten) nur zum Ersatze des „in Ausführung der Verrichtung zugefügten Schadens" haften. Durch die Ausdehnung des § 278 auf die unerlaubten Handlungen würde also die subsidiäre Bestimmung des § 278 die primäre des § 831 illusorisch machen und das ist ausgeschlossen. Die Ansicht Oertmanns (§ 278 Anm. 3), dass man sich durch die von uns gezogene Beschränkung des § 278 in unvermeidlichen Widerspruch mit § 831 setze, ist daher unrichtig und gerade die von ihm verteidigte Ausdehnung des § 278 steht in unlöslichem Widerspruche zu § 831.

Daher kann man den Schuldner für eine nur gelegentlich der Erfüllung von einem Dritten begangene Schädigung aus § 278 nicht in Anspruch nehmen.*) Wenn das Reichs-

*) So u. a. auch Crome, System, Bd. II § 157, 1 S. 117, 118, Dernburg II, 1 § 69 III e S. 146, Eck, Vorträge, § 55, 2 S. 274, Endemann II, § 116, 4a, S. 657 Anm. 23, Staub, H. G. B., Exk. zu § 58 Anm. 29, Nussbaum, S. 73 ff. Anderer Ansicht z. B. Oertmann § 278 Anm. 3, v. Liszt, S. 103/104, Rümelin, S. 88, Feder, S. 46 a. a. O.

gericht in seiner Entscheidung Bd. 56 S. 413, in der es sich mit dem § 278 beschäftigt, eine Vertretung des Schuldners für Verschulden eines Dritten eintreten lassen will, das dieser sich b e i der Verpflichtung des Schuldners zur Prüfung von Büchern hat zu Schulden kommen lassen, so ergibt sich aus dem Zusammenhange, dass es sich hier nicht um ein Verschulden handelt, das nur gelegentlich der Prüfung, sondern gerade in Ausführung der Prüfung selbst begangen ist. Es handelt sich hier lediglich um eine nicht völlig korrekte Ausdrucksweise. Die Gegner sind zu ihrer Ansicht wohl namentlich dadurch gelangt, dass der erste Entwurf des B. G. B. eine Haftung eintreten lassen wollte, wo eine Schädigung „in Ansehung der Erfüllung" vorliegt,*) und dass sie auf das Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger nicht genügend eingegangen sind. Die von uns aufgestellten Grundsätze, die eine Auslegung des § 278 in dem engeren Sinne unbedingt verlangen, haben die Gegner überhaupt nicht oder doch nicht genügend berücksichtigt. Das zeigen vor allen Dingen die Ausführungen von Feder S. 46. Er richtet sich besonders gegen die von uns vertretene und wohl von Nussbaum zuerst aufgestellte Ansicht. Er knüpft dabei an die Resultate an, die sich aus der Nussbaumschen Auffassung über den § 278 überhaupt, nicht bloss aus dieser Ansicht über diesen einzelnen Punkt ergeben. Er meint, dass man nach Nussbaum nicht zu einer Haftung des Mieters komme, wenn der Hausdiener des Mieters beim Fensterputzen eine Scheibe zerbreche. Und das wäre doch unvereinbar mit dem § 549 Abs. 2, wo der Mieter haften würde, wenn er dem Diener das Haus überlassen habe. Mit Nussbaum kommt man allerdings im ersteren Falle nicht zu einer Haftung des Mieters, aber nicht wegen der engen Auslegung des § 278, sondern weil Nussbaum keine Verbindlichkeit zum Fenster-

*) Vergl. Rümelin, S. 88.

putzen annimmt. Nach den von Feder S. 44 selbst aufgestellten, von uns gebilligten Grundsätzen sollte man annehmen, dass er solche Verpflichtung als bestehend ansieht. Dann müsste er aber auch bei der engen Auslegung des § 278 die Haftung annehmen. Wenn Feder S. 46 den von ihm S. 44 vertretenen Standpunkt durchgeführt hätte, würde sein Rechtsgefühl also wohl nicht bei der engen Auslegung verletzt sein. Die Verletzung seines Rechtsgefühls weiss aber Feder nur als Grund seiner Auffassung anzuführen. Die Verletzung des Rechtsgefühls beruht auf demselben Vorgehen, dem sich Nussbaum anschliesst, nämlich darauf, dass sie auf die aus dem einzelnen Schuldverhältnis entspringenden Einzelverpflichtungen nicht eingegangen sind.

Gerade bei der Miete wird eine neben einer Erfüllungshandlung begangene Schädigung in der Regel zugleich sich als eine in Ausführung einer anderen Verpflichtung begangene Handlung darstellen. Häufig wird die neben einer Erfüllungshandlung begangene Verletzung ein Verstoss gegen die Pflicht zu einem Unterlassen sein, für die der Mieter nach den oben aufgestellten Grundsätzen über die erste Gruppe oder nach den noch abzuleitenden Regeln über die dritte Gruppe von Handlungen einzustehen hat. Das Dienstmädchen, das die Pflicht des Mieters zur Reinigung der Fenster im ersten Stockwerk vornehmen soll, und als es die dazu nötige Leiter aus dem Keller holt, das Treppengeländer dabei zerstösst, begeht die Beschädigung allerdings nicht in Verrichtung, sondern nur gelegentlich der Verrichtung des Fensterputzens. Aber die Beschädigung der Treppe ist zugleich eine Verletzung der Pflicht zur Unterlassung des Missbrauchs der Treppe, der darin besteht, dass das Mädchen nicht die gehörige Sorgfalt bei deren Benutzung beobachtet hat.

Bisweilen kann es auch zweifelhaft sein, ob eine Beschädigung als eine Handlung anzusehen ist, die in Ausführung

oder nur bei Ausführung der Verrichtung einer Leistungspflicht begangen ist. Darüber kann stets nur der Einzelfall entscheiden. Wenn das Dienstmädchen den mit der Wohnung gemieteten Kronenleuchter reinigt und durch schuldhafte unvorsichtige Bewegung beim Reinigen die Leiter, die es zum Zwecke des Reinigens bestiegen hat, umwirft und dadurch den Fussboden beschädigt, so wird man wohl anzunehmen haben, dass die Beschädigung des Fussbodens in der schuldhaften Ausführung zu suchen, nicht aber bei der Ausführung begangen ist. An späterer Stelle werden wir hierauf noch einmal näher einzugehen haben.

Der Erfolg unserer letzten Erörterung ist also der: Der Mieter hat für Beschädigungen der Mietsache seitens der Familienangehörigen, der Dienstboten und des Logierbesuchs nach § 278 B. G. B. einzustehen, soweit, und nur soweit die schädigenden schuldhaften Handlungen (wenn sie nicht von ihm persönlich vorzunehmen und mit seinem Willen von diesen Personen vorgenommen sind) in Ausführung der Verrichtung begangen sind.

21.

Infolge eines Fehlers, den die Anhaltische Gesindeordnung*) mit Rücksicht auf § 278 begangen hat, müssen wir noch einmal auf den Ausgangspunkt unserer ganzen Erörterungen zurückgreifen. Wir hatten an erster Stelle darauf hingewiesen, dass auf die Regelung der Haftung des Mieters zum Vermieter für schuldhafte Beschädigungen der Mietsache durch Dienstboten der Vorbehalt, der zu Gunsten der Landesgesetzgebung für das Gesinderecht gemacht ist, keinen Einfluss hat, weil das Gesinderecht nur, wie ja auch § 1 des Anh. Ges. Nr. 1047 anerkennt, die Rechtsverhältnisse des Gesindes zur Dienstherrschaft regelt. Wenn sich nun die

*) Anh. Gesetz Nr. 1047, vom 21. April 1899.

Dienstherrschaft zur Verrichtung einer ihr einem anderen gegenüber obliegenden Verpflichtung des Dienstmädchens bedient, so ist die Haftung der Dienstherrschaft gegenüber ihrem Vertragsgegner aus § 278, wie wir gesehen haben, nur eine Verstärkung der Verpflichtung der Dienstherrschaft aus seinem Rechtsverhältnis zu dem Gegenkontrahenten, hat aber mit dem Rechtsverhältnis der Dienstherrschaft zum Gesinde nicht das Geringste zu tun. Darum hätte es sich nach Art. 55 E. G. z. B. G. B. von selbst verstanden, dass durch die Aufrechterhaltung der Landesgesetzlichen Bestimmungen über das Gesinderecht der § 278 nicht berührt würde. Trotzdem bestimmt Art. 95 Abs. 2 E. G. z. B. G. B. auch ausdrücklich, dass § 278 des B. G. B. Anwendung zu finden habe, offenbar weil ältere Gesindeordnungen als lex fugitiva mangels einer allgemeinen Regelung dieser Frage hierüber Vorschriften enthielten. Der nicht misszuverstehende Ausdruck des Art. 95 Abs. 2 hat nicht zu hindern vermocht, dass Abs. 1 § 28 d. Anh. Ges. bestimmt: „Die Dienstherrschaft hat bei Erfüllung von Verbindlichkeiten ein Verschulden des Gesindes, dessen sie sich hierbei bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden.“ Nach Art. 2 der R. V. geht Reichsrecht vor Landesrecht. Es durften also die im § 278 geregelten Rechtsverhältnisse nicht Gegenstand der Landesgesetzgebung sein. Das gibt die den Anh. Protokollen des Anhaltischen Landtages, Diät 1899 S. 623 ff. beigegebene Begründung S. 623 Abs. 3 zu, rechtfertigt aber die Aufnahme der den Landesgesetzen durch Art. 95 E G. z. B. G. B. entzogenen Materien in das Anh. Ges. damit, dass die Gesindeordnung ihren Zweck als Gesetzeskodifikation ohne Aufnahme der das frühere Recht ändernden Bestimmung des Art. 95 Abs. 2 E. G. verfehle und „möglicherweise eine allgemeine Rechtsunsicherheit beim Publikum hervorriefe.“ Der § 28 verleitet u. E. das Publikum und vielleicht auch manchen Richter, entgegen Art. 2 der R. V. in Verbindung

mit Art. 95 E. G. z. B. G. B. das unrichtige Gesetz anzuwenden. Der Fehler und die Gefahr der Rechtsunsicherheit ist um so schlimmer, als der § 28 nicht den § 278 B. G. B. im Wortlaute widergibt, auch nicht in einem dem Wortlaute genau entsprechendem Sinne, sondern die sich an den § 278 anschliessende Streitfrage in einem bestimmten Sinne geregelt hat, der vom grössten Teile der Literatur nicht einmal anerkannt ist. Das Recht Reichsrecht authentisch zu interpretieren steht der Landesgesetzgebung gegenüber Art. 2 R. V. und Art. 55 nicht zu.

Um nicht noch einmal an späterer Stelle auf diese Erörterungen zurückgreifen zu müssen, mag schon hier erwähnt werden, dass die Anh. Ges. Ordn. denselben Fehler begeht, wenn sie noch neben der Aufnahme der anderen im Art. 95 Abs. 2 getroffenen Vorschriften im § 28 Abs. 2 den § 831 B. G. B., der nach Art. 95 Abs. 2 E. G. z. B. G. B. ebenfalls der Landesgesetzgebung entzogen sein soll, zum Gegenstande einer Regelung macht, wenn es bestimmt: „Für den Schaden, welchen das Gesinde in Ausführung seiner Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt, haftet die Dienstherrschaft nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts.“ Dieselbe Unrichtigkeit, wie die Anhaltische Gesindeordnung enthält Art. 14 § 1 Abs. 2 des Preussischen A. G. z. B. G. B., wenn er nur die Vorschriften der Gesindeordnungen ausser Kraft setzt, nach denen der Dienstberechtigte für den von dem Gesinde einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schaden in weiterem Umfange als nach den Vorschriften des B. G. B. verantwortlich ist. Nein, auch die mit dem § 831 übereinstimmenden Vorschriften der Landesgesetzlichen Gesindeordnungen sind nach Art. 95 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 55 E. G. z. B. G. B. und Art. 2 der R. V. aufgehoben! Wir haben stets im Falle der §§ 278 und 831 das B. G. B. anzuwenden und nicht die Landesgesetze, selbst wenn sie mit dem B. G. B. vollkommen über-

einstimmen oder wie das Anh. Ges. § 28 Abs. 2 auf das B. G. B. verweisen. In durchaus korrekter Weise trifft das Bayrische Ausführungsgesetz zum B. G. B. (vergl. Art. 15 ff.) über alle diese Rechtsverhältnisse überhaupt keine Bestimmungen. Diese Erörterungen erschienen uns notwendig, weil wir dazu gekommen waren, dass der Mieter nach § 278 für die schuldhaften Beschädigungen der Mietsache dem Vermieter gegenüber zu haften hat, die die Dienstboten u. s. w. in Ausführung einer dem Mieter in eigener noch in bestimmter anderer Person obliegenden Verpflichtung der Mietsache schuldhaft zufügen, falls sie die Erfüllung der Verpflichtung mit seinem Willen ausgeführt haben.

22.

Es blieben nun noch die Verletzungen von solchen Handlungen, von denen nach dem Vertrage von vornherein feststeht, dass sie weder der Mieter, noch ein beliebiger Dritter bewirken, sondern vielmehr eine ganz bestimmte Person herbeiführen soll. Nimmt der Mieter eine solche Handlung selbst vor, so verletzt er damit seine Vertragspflicht und ist für Schaden, den er durch die Vornahme der Handlung anrichtet, auf Grund eigenen Verschuldens nach §§ 275, 276 verantwortlich; nimmt dagegen ein beliebiger Dritter, aber nicht die im Vertrage vorgesehene Person, die Handlung vor, so ist der Mieter, falls die Vornahme der Handlung mit seinem Willen geschehen ist, wegen der eigenen Vertragsverletzung, die darin liegt, dass er die Handlung durch eine andere als vertraglich vorgesehene Person vornehmen lässt, also auf Grund eigenen Verschuldens für den durch die dritte Person angerichteten Schaden haftbar;*) nimmt endlich der beliebige Dritte die Handlung ohne oder gar gegen den Willen des Mieters vor, so muss der Mieter für den durch die Vornahme von dem Dritten angerichteten Schaden nach dem Mietver-

*) Vergl. Endemann, § 116 Anm. 7 a. E. S. 654.

trage dann eintreten, wenn ein Verschulden des Mieters im einzelnen darin zu finden ist, dass der Dritte die Handlung überhaupt vornehmen konnte (Verletzung der Obhutspflicht usw.); er braucht dagegen nicht, wenigstens nicht nach dem Mietvertrage, einzutreten, wenn dies nicht der Fall ist. Diese Entscheidungen sind im Wesentlichen das Resultat derselben Erwägungen, die wir an anderer Stelle angestellt haben, und auf die wir deshalb verweisen wollen.

23.

Wesentlich anders gestaltet sich die Entscheidung als in den früheren Fällen, wenn die Handlung gerade von dem Dritten vorgenommen ist, der sie nach dem Vertrage ausführen sollte. Es handelt sich, worauf wir nochmals hinweisen wollen, nur noch um die Fälle, in denen die Vornahme der Handlung mit dem Willen des Mieters geschehen ist. Es ist dabei nicht erforderlich, dass dem Dritten die Vornahme der Handlung vom Mieter im eigenen Interesse gestattet ist, sondern es kann auch die Einwirkung des Dritten auf die Sache im Interesse des Mieters geschehen.*) Wenn das Dienstmädchen seiner Herrschaft das Essen im Speisezimmer serviert, so gebraucht es das Esszimmer nicht in seinem eigenen, sondern im Interesse der Herrschaft. Der Gebrauch des Esszimmers beruht insoweit aber immer auf dem Willen des Mieters und folglich auch die in diesem Gebrauche erforderliche Unterlassung ordnungswidrigen Gebrauchs durch das Dienstmädchen.

Wir haben es jetzt zwar nur mit der Verletzung solcher Handlungen seitens eines Dritten zu tun, die gerade dieser Dritte vornehmen sollte. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass nicht von vornherein die Person genau bestimmt zu sein braucht, die die Handlung vornimmt, sondern dass sich diese Person nach den jeweiligen Umständen ergeben kann. Mietet

*) Crome, Bd. II, § 157 II 1b S. 118.

der Hausvater für sich und seine Hausgenossen eine Wohnung, so darf er nach dem Vertrage nicht bloss sein Dienstmädchen, das er zur Zeit besitzt, sondern wenn er im Laufe der Mietzeit mit diesem wechselt, auch das neue Dienstmädchen in die Wohnung aufnehmen. Dann aber geht die Verpflichtung des Mieters dahin, dass nicht das alte, sondern das neue Dienstmädchen den Missbrauch der Mietsache unterlässt. Ebenso wird sich die Verpflichtung auf solche Unterlassung seitens des Logierbesuches in der Person dieses stets erst mit der Aufnahme in die Wohnung ergeben. Da nun aber der Mieter nur berechtigt ist, einen ordnungsmässigen Gebrauch zu machen, verletzt er seine Vertragpflicht, wenn er solche Personen (Logierbesuch, Dienstboten, Familienangehörige) aufnimmt, von denen er von vornherein weiss oder annehmen muss, dass sie die Mietsache wegen in ihrer Person liegenden Eigenschaften nicht in der ordnungsmässigen Weise gebrauchen werden. Denn er muss sich sagen, dass die Aufnahme den ordnungsmässigen Gebrauch unmöglich mache.*) So wird auch schon ein eigenes Verschulden des Mieters darin liegen, dass er eine solche Sache — bleiben wir bei Wohnung — für sich und seine Hausgenossen mietet, obwohl er sich sagen muss, dass seine Hausgenossen nicht die erforderlichen Eigenschaften besitzen, um übersehen zu können, welche Gebrauchshandlungen die Mietsache vertragen kann, damit sie nicht über das ordnungsmäßige Maß abgenutzt wird. Ein Hausvater mietet in der Sommerfrische eine kostbar ausgestattete Wohnung, der er ohne Weiteres ansieht, dass sie sorgfältig zu behandeln ist, trotzdem er weiss, dass seine Familienangehörigen nicht einmal seine eigene einfache Einrichtung zu Hause mit der nötigen Sorgfalt benutzen. Wenn dann die Hausgenossen die Sache schuldhaft beschädigen, so ist dies auf sein Verschulden zurückzuführen.

*) Vergl. Oertmann, § 549 Anm. 7.

In den meisten Fällen wird jedoch die schuldhafte Beschädigung durch die Dritten nicht auf Verschulden des Mieters beruhen. Dann bietet die Entscheidung allerdings verschiedene Schwierigkeiten. Einen Fingerzeig, um zu einer richtigen Entscheidung zu gelangen, gibt uns die Entwickelung des gemeinen Rechts.

24.

Entgegen der ursprünglichen Auffassung des gemeinen Rechts*) hat man in späterer Zeit den auch vom Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht gebilligten allgemeinen Rechtsatz in der Literatur zunächst für den Werkvertrag, dann aber auch allgemein aufgestellt, dass der Schuldner „für die von den Gehülfen bei Ausführung der übertragenen Arbeit begangene Verschuldung" unbedingt hafte.**) Man begründete überwiegend diesen Rechtssatz damit, dass in allen Fällen, wo der Schuldner zulässigerweise durch Dritte den durch den Vertrag gewollten Erfolg herbeiführen lässt, die Hülfe des Dritten im eigenen Interesse des Schuldners und daher auf seine Gefahr geschieht und dass darum vom Schuldner eine stillschweigende Garantie in allen diesen Fällen für sorgfältige Ausführung durch den Dritten übernommen ist.***) Dies galt besonders für die in Gruppe 2 behandelten, doch auch für die hier uns beschäftigenden Fälle.

25.

Für die erstere Gruppe (2) ist der Satz durch den § 278 ersetzt, wie wir gesehen haben. Man könnte zweifelhaft

*) Die Windscheid, Goldschmidt u. a. nie verlassen haben.

**) Vergl. Windscheid, Lehrbuch Bd. II, § 402 Anm. 5 S. 539 und Motive, Bd. II S. 29 ff.

***) Vergl. Endemann, Bd. II § 116 Anm. 1 S. 651 652, Motive Bd. II S. 29 ff., Windscheid, B. II § 402 Anm. 5 S. 539, der aber selbst anderer Ansicht ist, und Gruchot Bd. 41 S. 766.

sein, ob dieser Satz noch jetzt für unsere Fälle seine Bedeutung behalten hat, weil jener Satz eigentlich gar kein Rechtssatz, sondern lediglich eine Regel für die Interpretation des Parteiwillens ist, und ob das B. G. B. eine solche Interpretation bei seinen besonderen und allgemeinen Interpretationsregeln, wie z. B. im § 157, zulässt oder ob es die aus allgemeinen Gesichtspunkten des Rechtslebens geschaffenen Interpretationsregeln aufgehoben wissen will. Dass solche Regeln neben dem B. G. B. bestehen können, wird man nicht bezweifeln können. Aber es ist wohl mehr ein Rechtssatz als eine Interpretationsregel, wenn stets angenommen wird, dass der Schuldner für sorgfältige Leistung garantiert habe. Denn durch diesen Satz wird man ja gerade der Pflicht enthoben, den Parteiwillen erst daraufhin zu prüfen, (und nötigenfalls zu interpretieren) ob eine solche Garantie wenn auch stillschweigend vom Schuldner übernommen ist.

Es handelt sich deshalb in der Tat um eine Gesetzesvorschrift, die das B. G. B. in seiner Allgemeinheit nicht kennt, und wenn Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht I 1900 S. 433 den Satz: „Wer fremde Leistung schuldet, schuldet fremde sorgfältige Leistung“ ganz allgemein auch für das B. G. B. gelten lassen will, so halte ich das nach den obigen Ausführungen nicht für richtig. Vielmehr wird es, wie Windscheid Bd. II § 402, Anm. 5 unter 3a S. 639 den Vertretern der oben angeführten Ansicht der neueren Pandektisten schon nach gemeinem Rechte entgegen hielt, nach B. G. B. darauf ankommen, im einzelnen Falle den Vertrag in Gemässheit des § 157 dahin zu prüfen, ob sich aus ihm (u. U. durch Interpretation) ergibt, dass vom Mieter die Garantie dafür übernommen ist, dass der bestimmte Dritte die Handlung sorgfältig ausführe.*) Von denselben Erwägungen scheint Bruck im Archiv Bd. 27 S. 129 aus-

*) So auch Crome, Bd. II S. 221.

gegangen zu sein, wenn er schreibt: „Ebenso wie der Vermieter stillschweigend dem Mieter das Recht einräumt, die Wohnung nicht nur selbst zu gebrauchen, sondern auch anderen den Mietgebrauch zu gewähren, übernimmt der Mieter stillschweigend die Pflicht in der Zulassung der Einwirkung auf die Mietsache stets das Interesse des Vermieters zu beobachten.“ Unrichtig ist die Ansicht von Asmis, Die Haftung S. 17: „Im B. G. B. hat die ausdrückliche oder stillschweigende Übernahme der Haftung für Erfüllungsgehülfen infolge der Vorschrift des § 278 keine Bedeutung mehr.“ Es muss ihm allerdings zugegeben werden, dass man mit dem § 278 die Streitfrage des gemeinen Rechts (auch nach den Motiven II S. 29 ff.) aus der Welt hat schaffen wollen; aber § 278 hat an dem Grundsatze der Vertragsfreiheit nicht rühren wollen. Hat er doch, wie wir gesehen haben, sogar den dispositiven Vorschriften der Bestimmungen der einzelnen Schuldverhältnisse gegenüber selbst nur subsidiäre Geltung. Dass bei den einzelnen Verträgen solche den reinen Garantieverträgen ähnliche Abreden vorkommen, nach denen jemand dafür einstehen will, dass ein anderer eine Leistung sorgfältig ausführt, darauf weisen besonders Enneccerus und Lehmann, Bd. I, S. 691, 3 und Stammler, Garantievertrag im Archiv für Ziv. Pr. Bd. 69 S. 7 hin.

Hat sich der Schuldner dem Gläubiger gegenüber im einzelnen Falle verpflichtet, dafür einstehen zu wollen, dass der Dritte die Leistung sorgfältig ausführe, so haben die Parteien damit „die Art und Weise, die Stärke der Haftung“ des Schuldners für etwaige (event. nur schuldhafte) mangelhafte Ausführung der Verpflichtung festgesetzt,*) mit anderen Worten, sie haben die Umstände, die der Schuldner zu vertreten hat (§ 275) durch ihren Vertrag bestimmt, und dazu sind sie mangels einer zwingenden gegenteiligen Vorschrift

*) Vergl. Stammler im Archiv S. 7.

berechtigt. Der Schuldner hätte dann je nach der Vereinbarung entweder nur die schuldhafte oder jede mangelhafte Ausführung des Dritten zu vertreten.*) Ist die Verpflichtung vom Schuldner ausdrücklich übernommen, so bietet also die Entscheidung keine Schwierigkeiten. Bisweilen wird sich aus dem Vertrage ergeben, dass stillschweigend die gedachte – nennen wir es einmal kurz, wenn auch nicht korrekt — Garantie übernommen ist. Im Einzelnen kann man da auf Zweifel stossen. Wenn in unserem früheren Beispiele der Vater seinem Sohne, einem Arzte, jenes kunstvolle Instrument auf längere Zeit mietet, das nach jedem Gebrauche zu reinigen ist, und zwar nur durch die fachkundigen Hände des Arztes selbst, so wird man wohl, zumal wenn der Vermieter noch darauf hingewiesen hat, dass durch Vernachlässigung einer solchen Reinigung das Instrument leicht stark beschädigt werden könne, zweifellos annehmen müssen, dass damit solche Garantie übernommen ist. Für den Einzelfall lassen sich da keine allgemeinen gültigen Regeln aufstellen. Wir haben bereits früher darauf hingewiesen, dass bei Mietverträgen Verpflichtungen des Mieters zu einem positiven Tun durch einen Dritten nicht häufig vorkommen, namentlich nicht ohne besondere Abrede, dass vielmehr zu dieser Gruppe vor allen Dingen die Fälle gehören, in denen die Dritten, zu deren alleinigem oder teilweisem Gebrauche die Sache gemietet ist, nach dem Willen des Vertrages alle die positiven Handlungen (persönlich) unterlassen sollen, die sich als vertragswidriger Gebrauch (Tun) darstellen. Darum wollen wir auf diese Fälle noch etwas näher eingehen.

Wenn ein Hausvater für sich und seine Familienangehörigen und Dienstboten eine Wohnung mietet, so muss er sich sagen, dass ihm der Vermieter die Wohnung nur zu dem Zwecke vermietet, dass er und die Hausgenossen von

*) Siehe Crome, Bd. II S. 221 unter 2.

der Wohnung nur den ordnungsmässigen Gebrauch machen. Wenn der Vermieter den Mieter zum tatsächlichen Herrn über die Mietwohnung macht und dadurch seine rechtliche und tatsächliche Möglichkeit der Einwirkung auf die Mietsache bis auf eine Kleinigkeit herabsinken lässt, so tut er dies nur im Hinblick darauf, dass er erwartet, dass der Mieter infolge seines Herrschaftsverhältnisses sowohl über die Mietsache selbst, als über die Personen, für die er die Sache gemietet hat, bereit ist, für alle schuldhaften Verstösse gegen den ordnungsmäßigen Gebrauch einzustehen, gleichgültig, ob sie von ihm oder seinen Hausgenossen ausgehen. Der Mieter weiss genau, dass sich so leicht kein Hauswirt finden würde, der ihm die Wohnung unter Erlass der Haftung für das Verschulden seiner Hausgenossen vermieten würde. Die Parteien, denen es nicht auf die juristische Konstruktion, sondern nur auf den tatsächlichen Erfolg ankommt, wollen keineswegs eine schuldhafte Verletzung der Pflicht, die Mietsache nur ordnungmäßig zu gebrauchen, anders behandelt wissen, wenn sie vom Mieter selbst, als wenn sie von dessen Hausgenossen ausgeht, für die die Mietsache mitgemietet ist. Das kommt auch im Sprachgebrauch des täglichen Lebens zum Ausdruck. Der Mieter erzählt seinen Bekannten, wir müssen ausziehen, wir haben gemietet, obwohl er weiss, dass er aus dem Mietvertrag nur persönlich haftet, während man bei anderen Rechtsgeschäften selten finden wird, dass der, der sie abgeschlossen hat, auch wenn der Gegenstand des Rechtsgeschäftes wie bei der Wohnungsmiete für mehrere bestimmt ist, in der Mehrzahl von dem Abschluss des Geschäfts sprechen wird. Vielmehr wird er da meistens sagen, ich habe bestellt, ich habe gekauft. Die Parteien wollen, dass der Mieter und die Seinen die Sache zu ordnungsmässigem Gebrauch erhält und der Vermieter sich einen ordnungswidrigen Gebrauch der Wohnung weder vom Mieter, noch von dessen Hausgenossen gefallen lassen muss. Da der Vermieter aber

nur mit dem Mieter den Vertrag abschliesst, so wird der Vermieter stets in Übereinstimmung mit dem Mieter annehmen, dass er sich an den Mieter zu halten hat, wenn die Grenzen des ordnungsmässigen Gebrauches von den Hausgenossen des Mieters nicht eingehalten werden. Dem Vermieter kommt es darauf an, dass der Mieter mit seinen Hausgenossen die Wohnung nur ordnungsmässig gebraucht, und nicht bloß dass der Mieter selbst die nötige Sorgfalt zur Obhut der Sache gegenüber seinen Hausgenossen anwendet. Und das weiss der Mieter, wenn er den Vertrag abschliesst. Darum wird man auch, wenn man einem nicht voreingenommenen Mieter, der nicht Jurist ist, fragen würde, ob er annehme, dass er dem Vermieter gegenüber für den Schaden hafte, den seine Familie, Dienstboten und Logierbesuch durch ordnungswidrigen Gebrauch schuldhaft an der Wohnung anrichten, von dem Mieter ohne weiteres eine Bejahung dieser Frage erhalten. Mag man immerhin solchen Auffassungen von Laien nicht allzu grosses Gewicht beilegen dürfen, so wird man doch nach obigen Erörterungen annehmen müssen, dass der Vertragswille der Parteien dahin geht, dass der Mieter für das Verschulden seiner Hausgenossen in Ausübung des ordnungsmässigen Gebrauchs der Mietsache unbedingt einzustehen verspricht, so dass er nicht bloß für Vorsatz und Fahrlässigkeit nach § 276 haftet.

Zu demselben Resultate würde man gelangen, wenn man sich streng an die dispositiven Gesetzesvorschriften über die Miete hält. Wie wir oben gesehen haben, ergibt sich die Verpflichtung des Mieters, jeden ordnungswidrigen Gebrauch zu unterlassen, aus seiner Berechtigung zum ordnungsmäßigen Gebrauch. Da aber die rechtmäßige Ausübung des Gebrauchs durch die Hausgenossen des Mieters, für deren Benutzung die Sache mitgemietet ist, sich als eine rechtmäßige Ausübung der Berechtigung des Mieters selbst, nicht der Hausgenossen, darstellt, so ist darum auch die schuldhafte Ausübung des

ordnungswidrigen Gebrauches durch diese nicht eine schuldhafte Vertragsverletzung durch die Hausgenossen, sondern durch den Mieter. Daraus folgt dann aber, dass der Mieter für die ihm in dieser Hinsicht obliegende Leistung — die Sorge, dass die Hausgenossen keinen schuldhaften Missbrauch von der Mietsache machen — hier nicht bloss eigenen Vorsatz und eigene Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 276). Es gilt vielmehr der Satz, den Enneccerus und Lehmann I S. 433 aufstellten: „Wer fremde Leistung schuldet, schuldet fremde sorgfältige Leistung.“ Mit dieser Auslegung steht dann auch die Bestimmung des § 549 Abs. 2 in vollem Einklang. Wenn das Gesetz den Mieter, der mit Erlaubnis des Vermieters das Recht auf Ausübung des Gebrauchs an einen andern abgetreten hat, nach § 549 Abs. 2 für den (noch nicht einmal schuldhaften) Missbrauch der Mietsache ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden haften lässt, obwohl er doch durch die Überlassung des Gebrauchs sich der Einwirkung auf die Sache und deren Gebrauch so gut wie begeben hat, so muss man eine solche Haftung noch viel eher annehmen, solange er mit seinen Hausgenossen zusammen selbst noch den Gebrauch ausübt, zumal er hier ein tatsächliches und teils sogar rechtliches Herrschaftsverhältnis über seine Hausgenossen ausübt. Nur so kommt der auch in § 549 Abs. 2 zum Ausdruck gebrachte Grundgedanke des § 278 zur Geltung, der schließlich dahin gipfelt, die im gemeinen Rechte fingierte stillschweigende Übernahme der Garantie zu ersetzen.*)

26.

Der § 278 selbst kann aber hier nicht Anwendung finden. Das ist wichtig für die Fälle positiven Tuns, in denen wir im einzelnen auch keine Garantieübernahme annahmen, es ist aber auch dann von grosser Bedeutung, wenn man die von uns vertretene Ansicht nicht billigt. Denn Zweifel

*) Vergl. Motive, Bd. II S. 29.

gegen die Richtigkeit kann man wohl nicht völlig unterdrücken. Es fragt sich einmal, ob wir dem Parteiwillen gegenüber den zahlreichen dispositiven Gesetzesvorschriften, die eine Interpretation des Parteiwillens ersetzen sollen, nicht eine zu grosse Bedeutung beigemessen haben, und ebenso, ob die Argumente ausreichen, die wir angeführt haben, um nachzuweisen, dass der Mieter nach den dispositiven Gesetzesvorschriften hier für seine Leistung nicht bloss für Vorsatz und Fahrlässigkeit, sondern so einzustehen hat, als ob er für sorgfältige, schuldfreie Ausführung garantiert hätte. Das Reichsgericht ist bei anderen Fragen trotz des Vorliegens dispositiver Gesetzesvorschriften auf den Parteiwillen in viel weiterem Maße zurückgegangen, als wir es hier getan haben. Man denke an die Entscheidungen über den § 326.*) Es haben sich allerdings dagegen gewichtige Stimmen erhoben. Nur die Warnung Dernburgs in der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 1 sei erwähnt, dass man von den Parteien nicht stillschweigend als ausbedungen annehmen solle, woran sie garnicht gedacht haben. Diese Warnung wird man unbedingt anerkennen müssen. Aber ich glaube, dass die Parteien, wenn sie einen Mietvertrag abschliessen, selbst nach dem Gesetze an den Gebrauch nicht bloss für sich, sondern auch durch die, zu deren Gebrauch die Sache gemietet wird, denken müssen. Da aber das Gesetz selbst nur den ordnungsmäßigen Gebrauch will, kann ihr Gedanke sich eben nur auf den ordnungsmäßigen Gebrauch richten.

Soweit wir die Literatur übersehen, ist, wie schon erwähnt, eine Unterscheidung zwischen der zweiten und der dritten Hauptgruppe von Fällen nicht gemacht und der § 278 allgemein auf alle dem Mieter obliegende Leistungen, soweit sie nicht unter Gruppe 1 fallen, bezogen, sodass man annehmen muss, dass der § 278 auch auf diese Fälle angewendet

*) R. G. Bd. 51 S. 350, Bd. 52 S. 150 u. a.

werden soll.*) Während aber sonst die Ansichten mit zahlreichen Beispielen belegt sind, haben wir ein Beispiel für die von uns jetzt besprochenen Fälle nicht gefunden. Die Anwendung des § 278 dürfte ausgeschlossen sein, weil seine Voraussetzungen nicht vorliegen. Rehbein meint, die Bestimmung des Art. 95 Abs. 2 E. G., dass trotz des Vorbehalts des Gesinderechts zu Gunsten der Landesgesetze § 278 anzuwenden sei, habe für die Auslegung des § 278 eine Bedeutung. Da Rehbein nun aber garnicht sagt, worin diese Bedeutung bestehen soll, ist man geneigt, anzunehmen, dass Rehbein die Dienstherrschaft stets haften lassen will, wenn die Dienstboten schuldhaft eine Verletzung einer Vertragspflicht der Dienstherrschaft in Ausübung ihrer Dienste begehen. Rehbein schreibt selbst aber dann weiter: „Die Bestimmung bedeutet . . . dass die Dienstherrschaft für Verschulden des Gesindes haftet, dessen es sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient.“ Daraus geht hervor, dass Rehbein eine Haftung nur dann eintreten lassen will, wenn alle Voraussetzungen des § 278 vorliegen. Worin dann aber Rehbein die Bedeutung des Art. 95 Abs. 2 für die Auslegung des § 278 sieht, ist nicht recht verständlich.

Der § 278 setzt voraus, dass der Dritte, der für den Mieter handelt, die dem Mieter obliegende Leistung ganz oder teilweise an Stelle des Schuldners ausführt.**) Der Dritte muss also einen quantitativen Teil der Leistung des Mieters vornehmen. In allen unseren Fällen nimmt aber der Dritte qualitativ ganz etwas anderes vor, als dem Schuldner obliegt. Nach § 241 ist, um mit den Motiven Bd. II S. 5 zu reden, „Gegenstand eines jeden Schuldverhältnisses . . . die von dem Schuldner zu bewirkende Leistung und nur diese Leistung.

*) Das scheinen bes. Crome, System § 157 Anm. 21 S. 118, Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II S. 108, Feder, S. 37 anzunehmen.

**) Vergl. Schollmeyer § 278, 1b.

Das obligatorische Recht des Gläubigers ergreift nicht darüber hinaus, auch oder schon den speziellen Gegenstand (Sache oder Recht), welcher durch die Leistung demselben verschafft werden soll.“ Die Leistung des Mieters besteht in unseren Fällen darin, zu bewirken oder dafür zu sorgen, dass der Dritte die gewollte Leistung (Tun oder Unterlassen) vornehme, nicht etwa in der Vornahme der Leistung selbst. Das zeigt sich ganz deutlich, wenn es zum Prozesse kommt. Der Klagantrag geht jedesmal auf Verurteilung zu der dem Schuldner obliegenden Leistung. Man kann, wenn eine Vertragsverletzung der gedachten Art vorliegt, nicht auf Vornahme der Handlung dieser Art klagen, sondern nur darauf, dass der Schuldner bewirkt, oder dafür sorgt, dass die Handlung vorgenommen werde. § 241 sagt: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu verlangen.“ Nimmt ein Familienmitglied des Mieters eine Gebrauchshandlung vor, die sich als Vertragsverletzung darstellt, so kann der Vermieter gegen den Mieter darauf klagen, dass er dafür sorgt, dass diese vertragswidrige Gebrauchshandlung durch den Dritten unterlassen werde. Es würde ein Urteil, dass den Mieter zur Unterlassung der Handlung verurteilte, unrichtig sein und dem Vermieter wenig nützen. Die Handlung, die der Dritte vornimmt, und die den gewollten Erfolg herbeiführt, ist nicht ein quantitativer Teil dieser Leistung des Schuldners; sie ist qualitativ ganz etwas anderes. Die Handlung ist zwar zur vollständigen Erfüllung der Leistung des Schuldners notwendig, aber darum ist sie doch noch ebensowenig ein quantitativer Teil der Leistung des Schuldners wie die Lieferung von Milch durch den Landwirt an den Milchhändler ein quantitativer Teil der Verpflichtung des Milchhändlers zur Lieferung von Milch an seine Kunden in der Stadt ist, obwohl doch auch diese erste Handlung nötig ist, damit der Milchhändler seiner Verpflichtung nachkommen kann. Der

§ 278 verlangt nun gerade, dass sich der Schuldner der dritten Personen „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient". Zur Erfüllung *seiner* Verbindlichkeit würde sich der Schuldner bedienen, wenn er durch den Dritten die ihm obliegende Sorge ausüben liesse, dass die vom Vertrage bestimmte Person die gewollte Handlung (Tun oder Unterlassen) vornehme, z. B. wenn der Mieter seiner Ehefrau auftrüge, darüber zu wachen, dass von der Mietsache kein unbefugter Gebrauch gemacht wird.

Dass der § 278 unter den Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, nicht diejenigen mit umfasst, die zwar eine Handlung vornehmen, die schliesslich den vom Vertrage gewollten Erfolg herbeiführt, aber sich doch nicht als qantitativer Teil der dem Schuldner obliegenden Leistung darstellt, geht noch weiter aus der Bestimmung des § 278 hervor, dass der Schuldner ein Verschulden dieser Personen im gleichen Umfange zu vertreten hat, wie eigenes Verschulden. Das kann doch nur heissen, dass der Schuldner für das Verschulden dieser Personen dann haftet, wenn das Verschulden dieser dritten Personen ein Umstand ist, den er zu vertreten hätte, soweit und damit auch, falls er in seiner Person bei eigener Ausführung eingetreten wäre (§ 278), dass er dagegen nicht hafte, wenn das Verschulden der Dritten auch in seiner Person kein von ihm zu vertretener Umstand wäre. Wenn Endemann, § 116 Anm 5. S. 653, dies, nicht in vollem Einklang mit seiner Ansicht in Anm. 11 S. 655, bestreitet und den § 278 dahin auffasst, dass dem Schuldner das Verschulden der dritten Personen auf jeden Fall für eigenes Verschulden anzurechnen ist, so übersieht er, was er selbst S. 654/655 bes. Anm. 11 hervorhebt, nämlich dass er damit durch den § 278 einen neuen Umstand schafft, den der Schuldner zu vertreten hat, und also eine neue Klage wegen einer nach dem einzelnen Schuldverhältnisse noch nicht begründeten Ver-

pflichtung des Schuldners gewährt, während doch der § 278 keine weiteren Verpflichtungen des Schuldners, als sie durch das Schuldverhältnis bestehen, begründen soll.

Es kann aber das bei der Ausführung der Handlung durch die dritten Personen begangene Verschulden garnicht als ein in der Person des Schuldners eingetretener Umstand angesehen werden, weil von vornherein durch den Vertrag die Vornahme der Handlung nicht durch den Schuldner, sondern durch die dritte Person gewollt war. Der § 278 will die Haftung des Schuldners für das Verschulden der dritten Personen abgemessen wissen an dem eigenen Verschulden des Schuldners. Eine solche Abwägung ist aber da ausgeschlossen, wo wie in unserem Falle ein Verschulden des Schuldners garnicht in Betracht kommen kann. Auch deshalb ist die Anwendung des § 278 ausgeschlossen. Es scheint, dass einige Schriftsteller, die auf Grund derselben Erwägungen zur Nichtanwendbarkeit des § 278 auf einige Fälle gekommen sind, die dem oben bezeichneten Grundgedanken des § 278 gemäß darunter hätten fallen sollen, darum in einer anderen Richtung dem § 278 eine Auslegung gegeben haben, die nicht zu billigen ist. So will Feder S. 46 eine Haftung des Schuldners annehmen, wenn die schädigende Handlung bei der Ermöglichung der Erfüllung z. B. der Rückgabe nach § 556*) und selbst bei der Ausübung der dem Schuldner kraft des Schuldverhältnisses zustehenden Befugnisse erfolgt. Mit dieser „extensiven Interpretation“ hat Feder nicht, wie er S. 46 meint, die herrschende Ansicht für sich.**) Ausser Dernburg und Nussbaum sind auch Crome, II, § 157, II, 1b S. 118, den er als Anhänger seiner Ansicht anführt, Goldmann und Lilienthal, I S. 326, Staub H. G. B., Exk. zu § 58 Anm. 29 S. 231 und viele Andere gegenteiliger Ansicht. Feder glaubt,

*) Wie auch Schollmeyer, § 278, 1c annimmt.

**) Kipp im Vorwort zu seiner Schrift Bl. IV.

dass, wenn jemand zu demselben Resultate kommt wie er, dieser auch seine Gründe teilen müsse. Feder verkennt dabei, dass er häufig eine Handlung als Ausübung einer Berechtigung ansieht, die Andere als Erfüllung einer Verbindlichkeit betrachten. Wenn diese dann zur Anwendung des § 278 auf die Handlung kommen, so geschieht dies deshalb, weil sie in der Handlung die Erfüllung einer Verbindlichkeit sehen, nicht aber, weil sie den Ausdruck zur Erfüllung einer Verbindlichkeit im § 278 auch auf die Ausübung von Berechtigungen angewendet wissen wollen. Feder hat nur dadurch zu seiner Ansicht kommen können, dass er dem Ausdruck Erfüllung einer Verbindlichkeit S. 45 eine Ausdehnung gegeben hat, die ihm nicht zukommt. S. 44 sagt Feder sehr richtig: „»Erfüllung der Verbindlichkeit« ist nichts anderes als Bewirkung der geschuldeten Leistung.“ Das Recht der Schuldverhältnisse hat es aber nach § 241 nur mit solchen Leistungen zu tun, die der Gläubiger vom Schuldner zu fordern berechtigt ist. Wenn nun Feder den Begriff der Verbindlichkeit auch auf die Handlungen, die zur Ermöglichung der Erfüllung und selbst zur Ausübung der dem Schuldner zustehenden Befugnisse nötig sind, ausgedehnt wissen will, obwohl er selbst keine Leistungspflicht des Schuldners auf diese Handlungen annimmt, so gibt er damit dem Begriffe der Leistung eine über den § 241 hinausgehende Ausdehnung. Und darin beruht die Unzulässigkeit. Auf dem Begriffe der Leistung und demzufolge auch auf dem der Verpflichtung, Verbindlichkeit baut sich nicht nur das ganze Recht der Schuldverhältnisse nach B. G. B., sondern auch manche andere Materie nach B. G. B. und vielen anderen Gesetzen auf. Sobald wir an dem im § 241 festgelegten Grundbegriffe nicht festhalten, so müssen wir zu einer allgemeinen Rechtsunsicherheit gelangen, denn wenn wir in diesem Einzelfalle eine Erweiterung des Begriffs der Leistung zulassen, weil ohne diese das Rechtsgefühl verletzt

sei, müssen wir dies auch an anderen Stellen zulassen. Das würde dann zur Folge haben, dass man die Grundbegriffe je nach dem Rechtsgefühl des Einzelnen bald so, bald so auslegen würde, und es wäre ein leichtes, jede Gesetzesstelle, möge sie noch so korrekt lauten, aus dem Wege zu „interpretieren“ oder vielmehr zu schaffen. Das römische Recht verdankt seine Bedeutung weit über seine zeitlichen und örtlichen Grenzen hinaus vor allen Dingen seinen scharfen Definitionen der Grundbegriffe, auf die wir noch heute häufig zurückgehen müssen. An diesen Grundbegriffen hielt das römische Recht fest, und doch hat es sich durch wirkliche Interpretation auch der Auffassung des Verkehrs anzupassen verstanden und weiter entwickelt. Gerade bei unseren Fällen zeigt die Entwickelung des gemeinen aus dem römischen Rechte, wo wir mit der Interpretation einzusetzen haben. Nicht durch Interpretation der Grundbegriffe, sondern des Parteiwillens hat das gemeine Recht eine Lösung erstrebt. Darum erscheint es auch für das B. G. B. angebracht, eher eine Lösung durch Interpretation des Parteiwillens zu suchen, als dem Grundbegriff des gesamten Rechts der Schuldverhältnisse eine andere als durch das Gesetz gewollte Auslegung erfahren zu lassen. Auch wenn wir, wie wir es ausserdem noch versucht haben, durch Interpretation der dispositiven Gesetzesvorschriften zu einer dem § 278 entsprechenden Haftung gelangen, machen wir uns der von Feder begangenen Verwischung der Grundbegriffe nicht schuldig. Dass der § 278 nicht die schädigenden Handlungen hat treffen wollen, die bei Ermöglichung der Erfüllung (z. B. der Rückgabe nach § 556) unter Ausübung der dem Mieter zustehenden Befugnisse begangen sind, geht auch aus § 549 Abs. 2 hervor. Denn gerade in § 549 Abs. 2 übt doch der Mieter seine Befugnisse gegenüber dem Vermieter aus, wenn er mit dessen Erlaubnis die Sache einem Anderen überlässt, und ebenso hängt die Überlassung mit der Ermöglichung der

Rückgabe seitens des Mieters zusammen, so dass also, wäre die Feder'sche Ansicht über § 278 richtig, durch den § 278 die Fälle des § 549 Abs. 2 betroffen würden, und § 549 Abs. 2 völlig überflüssig wäre, wie Feder auch S. 48 unter Berufung auf Planck und die Motive annimmt. Wie wir später noch sehen werden, beruht die Haftung des Mieters aus § 549 Abs. 2 nicht auf dem Verhältnis des Mieters zum Vermieter, also dem Mietvertrage, sondern der Abtretung der Rechte des Mieters durch diesen an den Dritten, also dem Verhältnis des Mieters zum Dritten.

Die vorstehenden Ausführungen lassen erkennen, dass wir da, wo wir eine Garantie des Mieters annehmen, diese nur auf die schädigenden Handlungen bezogen wissen wollen, die sich als Verletzungen einer Vertragspflicht darstellen, dass wir aber eine Garantie darüber hinaus ohne ausdrückliche Vereinbarung aus dem Mietverhältnis auch nicht annehmen.

27.

Damit hätten wir alle Fälle erledigt, in denen der Mieter für schuldhafte Beschädigungen der Mietsache seitens seiner Familienangehörigen, Dienstboten und seines Logierbesuchs aus seinem Verhältnis zum Vermieter, aus dem Mietvertrage, haftet. Wie wir schon erwähnt haben, kann sich eine solche Haftung des Mieters auch aus seinem Verhältnis zu den genannten Personen ergeben. Während der Mieter, wie wir gesehen haben, stets nur für solche Schädigungen seitens der Dritten haften kann, die sich als Verletzungen des Vertrages zwischen Mieter und Vermieter darstellen, kommt es bei der Haftung des Mieters aus seiner Rechtsbeziehung zu den genannten dritten Personen hierauf grundsätzlich nicht an, weil der Mietvertrag für diese nicht ausschlaggebend ist.

28.

Wenn wir bisher aus dem Verhältnis des Mieters zu den gedachten Personen eine Haftung unter der Annahme erörterten, dass der Mieter die Mietsache zu ihrem teils alleinigen

teils Mitgebrauche mit gemietet hatte, so wird es nicht selten vorkommen, dass der Mieter ursprünglich die Mietsache für sich mietet, und sie dann später anderen Personen überlässt, § 549. Wenn durch den Mietvertrag der Gebrauch der Mietsache durch die genannten Personen vorausgesezt war, wie das beim Mieten von Wohnungen der Regelfall ist, so liegt keine Überlassung des Gebrauchs der Mietsache an diese Personen darin, dass der Mieter die Sache durch diese Personen gebrauchen lässt.*) Vielmehr übt er sein ihm vertraglich zustehendes Gebrauchsrecht aus. Hier ist der Mieter regelmässig selbst Besitzer,**) und die dritten Personen sind nur seine „Besitzdiener". Eine Überlassung des Gebrauchs liegt nur dann vor, wenn der Mieter die aus dem Vertrage ihm zustehenden Rechte abtritt.***) Dann sind die Personen nicht mehr Besitzdiener, sondern selbst Besitzer. Die Gebrauchsüberlassung kann entgeltlich, wie bei der Untermiete, sie kann aber auch unentgeltlich sein; sie kann sich auf die ganze Mietsache oder auf einen Teil beziehen.†) Ob im einzelnen Falle eine Gebrauchsüberlassung vorliegt, wird sich stets nach dem Verhältnis des Mieters zum Dritten richten, und kann häufig äusserst zweifelhaft sein, so dass § 157 B. G. B. aushelfen muss, wie Planck § 549 Anm. 3 hervorhebt.

Der § 549 hätte Anwendung zu finden, wenn der Mieter die häusliche Gemeinschaft mit seiner Ehefrau böslich aufgibt, sie aber im Gebrauche der Mietsache belässt. Oder der Mieter, der eine jahrelange Reise antritt und für den deshalb seine Wohnung keinen Zweck mehr hat, lässt darin andere z. B. seine Familienmitglieder wohnen. Den Fall, dass eine Gebrauchsüberlassung ohne Zustimmung des Vermieters vor-

*) Goldmann und Lilienthal S. 565, Mittelstein, Die Miete S. 138 und Oertmann § 549, 2.

**) Kuhlenbeck, § 549 Anm. 2.

***) Crome, System S. 559, Bruch im Archiv Bd. 27 S. 114/115.

†) Vergl. Staudinger § 549 Anm. 1.

liegt, haben wir schon an anderer Stelle besprochen; hier interessiert uns nur der Fall, dass der Mieter mit der Erlaubnis des Vermieters einem der genannten Dritten sein Gebrauchsrecht abtritt. Und da bestimmt § 549 Abs. 2, dass der Mieter ein dem Dritten bei dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden zu vertreten hat. In der Literatur herrscht darüber kein Streit, dass der Mieter hier jedes Verschulden des Dritten zu vertreten hat, gleichgültig, ob es sich als Vertragsverletzung darstellt oder nicht, also auch die unerlaubten Handlungen, wenn sie nur beim Gebrauche vorgekommen sind.*) Es ist also nicht nötig, dass das Verschulden in Ausführung einer Gebrauchshandlung begangen ist, wie das beim § 278 der Fall war. Wenn wir damit also eine Haftung des Mieters auch für schuldhafte Handlungen, die nicht Vertragsverletzungen sind, geben, so verstossen wir nicht gegen den früher von uns aufgestellten Satz, dass aus dem Verhältnis des Mieters zum Vermieter, also aus dem Mietvertrage, eine Haftung des Mieters nur wegen Vertragsverletzungen sich ergeben könne. Denn wenn auch die Vorschrift des § 549 Abs. 2 unter den Bestimmungen über den Mietvertrag im B. G. B. steht, so ergibt sich doch die Haftung des Mieters nicht aus seinem Verhältnis zum Vermieter, sondern aus seinem Verhältnis zum Dritten, also aus der Abtretung des Rechtes zum Gebrauche an ihn, sodass die Behandlung der Bestimmung des § 549 Abs. 2 systematisch besser unter die Vorschriften der §§ 398 ff. gepasst hätte. Seine Aufnahme unter die Bestimmungen über die Miete erklärt sich lediglich aus praktischen Rücksichten.

Da, wie wir gesehen haben, mit der Erlangung der Berechtigung zu ordnungsmässigem Gebrauche die Verpflichtung zur Unterlassung ordnungswidrigen Gebrauchs ensteht, so

*) Dernburg, II 1 § 69 III., c. S. 146, Crome, II § 241 Anm. 22 S. 256, Brückner, im Recht 1901 S. 339 f., Feder S. 45.

wird der, an den die Sache überlassen wird, mit der Überlassung auch verpflichtet; er übernimmt also mit der Berechtigung des Mieters zum Gebrauch auch dessen Verpflichtung zur Unterlassung ordnungswidrigen Gebrauchs, u. z. durch den Vertrag mit dem Mieter. Da nun aber der Vermieter hierzu im Falle des § 542 Abs. 2 seine Genehmigung gegeben hat, würde der Mieter nach § 415 von seiner Haftung frei. Es war daher die Bestimmung des § 549 Abs. 2 nötig, um eine Haftung des Mieters zu begründen, und berechtigt war das Bedenken Hoffmanns, die Haftung S. 124, dass sich die Haftung für Untermieter nicht auch ohne die ausdrückliche Bestimmung des § 549 Abs. 2 aus § 278 ergebe. Die Anwendung des § 278 auf das Verschulden des Dritten, dem die Sache überlassen ist, ist völlig ausgeschlossen, weil eben durch die mit Genehmigung des Vermieters vorgenommene Ueberlassung der Sache durch den Mieter an den Dritten die Schuldübernahme bezüglich der Verpflichtung zur Unterlassung ordnungswidrigen Gebrauchs (nicht etwa aller Verpflichtungen aus dem Mietvertrage z. B. nicht zur Zahlung des Mietzinses) liegt. Denn mit der Überlassung des ordnungsmäßigen Gebrauches geht notwendig die Verpflichtung zur Unterlassung ordnungswidrigen Gebrauches mit über. Wenn der, dem die Sache überlassen ist, jetzt den ordnungswidrigen Gebrauch unterlässt, so erfüllt er damit die von ihm mit Zustimmung des Vermieters übernommene Verbindlichkeit zur Unterlassung jeden ordnungswidrigen Gebrauchs. Er erfüllt nicht etwa die dem Mieter obliegende Verpflichtung.*) Es ist daher unrichtig, wenn Planck § 278, 2, Feder S. 48 und Mittelstein S. 144 behaupten, die Bestimmung des § 549, Abs. 2 sei nur eine überflüssige Wiederholung des § 278. Allerdings ist Planck und bes. Feder darin Recht zu geben, dass die Bestimmung des § 549 Abs. 2, wie auch

*) Eck, § 55 S. 274 unter 1 letzter Abs.

die Motive es darstellen, eine Konsequenz des § 278 ist. Die Ansicht Plancks, Feders usw. ist wieder darauf zurückzuführen, dass sie die Lösung der Frage aus § 278 gesucht und darum den Bestimmungen des einzelnen Schuldverhältnisses, auf das § 278 zurückgreift, und auf die aus diesen entspringenden Verpflichtungen nicht das nötige Gewicht gelegt haben. Wollte man die Haftung des Mieters für Verschulden dessen, dem er die Mietsache mit Zustimmung des Vermieters überlassen hat, als eine Haftung aus dem Mietvertrage und nicht aus der Abtretung sehen, so wäre durch die Bestimmung des § 549 Abs. 2, dass der Mieter auch für unerlaubte Handlungen des Dritten hafte, eine aus den sonstigen Vorschriften über die Miete nicht bestehende Verpflichtung des Mieters begründet, weil der Mieter aus dem Mietvertrage nur für Vertragsverletzungen haftet. Der Mieter hat, wenn er die Mietsache einem Dritten überlassen hat, für jedes Verschulden, dass der Dritte bei dem Gebrauche begeht, nach § 549 Abs. 2 auf Grund des zwischen ihm und dem Dritten durch die Abtretung begründeten Rechtsverhältnisses einzustehen, gleichgültig, ob sich die schuldhafte Handlung als Gebrauchsverletzung darstellt oder nicht.

29.

Während für die Haftung des Mieters für schuldhafte Beschädigungen der Mietsache durch die dritten Personen aus § 549 Abs. 2 der Mietvertrag insofern von Bedeutung ist, als diese Haftung eine Abtretung der Rechte aus dem Mietvertrage voraussetzt, so haben wir zum Schluss noch zwei Fälle zu behandeln, in denen für die Beurteilung der Haftung des Mieters der Mietvertrag völlig unbeachtlich ist und sich die Haftung lediglich aus dem Verhältnis des Mieters zu dem Dritten ergibt. Das sind die §§ 831, 832. Beide §§ haben gemeinsam, dass sie die widerrechtlichen Verletzungen des Rechts eines Anderen, wenn wir gleich unser Thema

ins Auge fassen, der Mietsache, voraussetzen, mit anderen Worten, dass es sich um eine Haftung für unerlaubte Handlungen dreht. Es herrscht Streit darüber, ob die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen §§ 823 ff., also auch §§ 831/832, dann Anwendung zu finden haben, wenn sich die schädigende Handlung als die Verletzung einer Pflicht aus dem zwischen den Parteien bestehenden Vertrage darstellt, was für unsere Aufgabe insofern von grosser Bedeutung ist, als nach unserer obigen Feststellung der einzelnen aus dem Mietvertrage entspringenden Verpflichtungen bei einer Ablehnung der Anwendung der §§ 823 ff. auf diese nicht mehr viel Fälle nach §§ 831/832 zu beurteilen wären. Endemann*) sagt: „Erweist sich als Ursache der Schädigung eine als Verletzung der Vertragspflichten zu beurteilende Handlung, so ist damit ausgeschlossen, dass ein widerrechtlicher Eingriff und eine unerlaubte Handlung vorliegt". In demselben Sinne spricht sich Dernburg**) aus: „Es ist ... zu beachten, dass die Rechtsnormen des 25. Titels über unerlaubte Handlungen, wenn das Gesetz dies auch nicht besonders ausspricht, eine subsidiäre Natur haben... Soweit das B. G. B... die vorsätzliche und fahrlässige Verletzung von Vertragspflichten ordnet, ist diese nicht nach dem 25. Titel zu beurteilen." Diese Sätze könnten dahin verstanden werden, dass eine Haftung für eine schädigende Handlung, die an sich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung nach §§ 823 ff. enthält, aus den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen niemals dann hergeleitet werden könne, wenn sich die Handlung zugleich als Vertragsverletzung darstellt, und dass dann stets nur eine Haftung aus dem Vertrage gegeben ist. So hat auch v. Liszt S. 11 Endemanns Satz aufgefasst. In dieser Allgemeinheit ist die Ansicht nicht richtig und so-

*) II, § 200, 1b, S. 1257.
**) Bd. II, 2, § 383, II 2, S. 614.

wohl Endemann wie Dernburg lassen in ihren weiteren Ausführungen erkennen, dass diese Sätze anders zu verstehen sind. Das tritt besonders bei Dernburg hervor, der am Schlusse der angeführten Stelle in Anm. 11 auf Bd. II 1, § 64, S. 138 verweist, wo er das Verhältnis der Haftung aus den unerlaubten Handlungen zu der aus den Vertragsverletzungen näher darlegt. Mit Recht weist Dernburg hier darauf hin, dass der Abschnitt über die unerlaubten Handlungen die römischen Deliktsobligationen ersetzen solle, die neben den vertraglichen standen und streng von ihnen gesondert waren. Wenn aber die Handlung ohne Rücksicht auf den Vertrag sich schon als unerlaubte Handlung darstellt, so sind nicht etwa die Bestimmungen der §§ 823 ff. unanwendbar. Dieselbe Ansicht gibt auch Dernburg*) zu erkennen: „Enthält — die Verletzung einer Vertragspflicht zugleich, vom Vertrage abgesehen, den Tatbestand eines Delikts nach § 823 ff., so entsteht neben dem Vertragsanspruche ein Anspruch wegen der unerlaubten Handlung.“ Wenn Endemann einige Sätze nach der oben angeführten Stelle die Ansicht vertritt, dass eine Handlung sowohl eine Verletzung einer Vertragspflicht sein, als auch den selbständigen Tatbestand einer unerlaubten Handlung verwirklichen kann, und dass in solchem Falle die Ansprüche aus dem Vertrage und den Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen konkurrieren, so ist die erst angeführte Stelle nur in der von uns mit Dernburg vertretenen Ansicht zu verstehen, und es ist wohl ein Irrtum v. Liszts, der darin beruht, dass er den oben zitierten Satz Endemanns, für sich genommen, richtig wiedergegeben hat, aber die darauf folgenden Sätze nicht mit berücksichtigt hat, wenn er S. 11 meint, dass nach Endemann jede Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus dem Delikt ausgeschlossen ist. Wegen der-

*) § 64. II 2, S. 138.

selben Handlung ist also sehr wohl eine Konkurrenz zwischen einem Anspruch aus dem Vertrage wegen Vertragsverletzung und einem Anspruche aus der unerlaubten Handlung zulässig, wie auch im gemeinen Rechte eine actio commodati oder locati mit der actio legis aquiliae konkurrieren konnte.*) Jedenfalls muss man das berücksichtigen, dass eine Verletzung vertragsmässiger Verpflichtungen dann nicht als unerlaubte Handlung nach §§ 823 ff. anzusehen ist, wenn sie nicht zugleich den Tatbestand einer solchen darstellt,**) u. z. ohne Rücksicht auf den Vertrag.***) Eine solche Konkurrenz wird besonders auch bei einer Haftung aus § 278 in Frage kommen können.†) Ausgeschlossen ist diese Konkurrenz nach der von uns vertretenen Ansicht, wenn die schädigende Handlung bei einer, nicht durch eine Erfüllungshandlung begangen ist. Denn wie wir oben gesehen haben, gibt es da keine Haftung aus dem Vertrage, es kann vielmehr nur eine Haftung aus dem 25. Titel in Frage kommen.††) Und gerade für diese Fälle wird besonders der § 831, aber auch § 832 wichtig sein, wie vielfach in der Literatur hervorgehoben ist, soweit sie die von uns vertretene engere Auffassung des § 278 teilt.

30.

Stellt sich nun nach den so gewonnenen Grundsätzen eine Beschädigung der Mietsache nur als unerlaubte Handlung dar, die begangen ist von einem der gedachten Dritten, so haben wir bereits an anderer Stelle ausgeführt, dass die Anwendung des § 278 ausgeschlossen ist und nur die §§ 831, 832 in Frage kommen können. Nachdem man sich über

*) Dernburg § 65, II 2, S. 138.
**) v. Liszt S. 10.
***) In demselben Sinne Planck II, Titel 25, II, S. 602. Crome, § 324, 4 ausser den angeführten, vergl. auch Endemann § 116, Anm. 23 und die dort verzeichneten.
†) Feder S. 89/90.
††) Oertmann, § 278, 6.

die soeben aufgestellten Gesichtspunkte schlüssig geworden ist, bietet die Anwendung der beiden §§ auf unsere Fälle rechtlich keine grossen Schwierigkeiten mehr. Beide §§ haben noch gemeinsam, dass sich eine Haftung des Mieters für die schuldhaften Handlungen Dritter nur auf Grund des zwischen ihm und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses ergibt. Wie aber das Rechtsverhältnis selbst in beiden §§ verschieden ist, so hat auch sonst noch jeder § seine Besonderheiten, die wir insoweit noch zu berücksichtigen haben, als von ihnen die Anwendbarkeit der §§ auf unseren Fall abhängt.

Der § 831 setzt voraus, dass der Mieter den anderen, der die unerlaubte schädigende Handlung an der Mietsache begeht, zu der Verrichtung bestellt hat. Die Bestellung kann auf die verschiedenste Weise geschehen, ausdrücklich oder stillschweigend, entgeltlich oder unentgeltlich, dauernd oder vorübergehend.*) Ob eine Bestellung im einzelnen Falle vorliegt, können nur die Umstände des Falls entscheiden. Bei den Dienstboten wird dies meistens nicht zweifelhaft sein, doch wird man das auch bei den Familienangehörigen und u. U. sogar beim Logierbesuch anzunehmen haben. Wenn man berücksichtigt, dass sich das ganze Familienleben hauptsächlich in der Mietwohnung abspielt und die im Hauswesen nötigen Arbeiten an sich dem Manne obliegen (§ 1356), wird auch eine Bestellung seitens des Mannes, der regelmäßig Mieter sein wird, dann anzunehmen sein, wenn er es geschehen lässt, dass seine Familienangehörigen und sein Logierbesuch diese Arbeiten verrichten. Der § 831 setzt aber weiter voraus, dass der Schaden „in Ausführung“ der Verrichtung, nicht bloß bei Ausführung der Verrichtung begangen ist, zu der der Mieter den Dritten bestellt hat. So zweifellos dieser Ausdruck „in Ausführung einer Verrichtung“ er-

*) Planck, § 831/2a.

kennen lässt, dass vom § 831 nicht ein Schaden betroffen werden soll, der nur gelegentlich einer Verrichtung von dem zu ihr bestellten Dritten verursacht ist, so schwierig wird es häufig für den Einzelfall sein, festzustellen, ob der Schaden in Ausführung oder nur gelegentlich der Ausführung hervorgerufen ist. Das zeigen, wie Feder S. 96 mit Recht hervorhebt, die Zweifel, die in der Rechtsprechung auf dem Gebiete der Unfallversicherung bei der Frage aufgetaucht sind, ob ein Unfall sich „bei dem Betriebe“ ereignet hat. Denn man hat angenommen, dass auch hier nicht der nur gelegentlich des Betriebes enstandene Schaden betroffen werden soll. Dieselben Zweifelsfragen haben die Literatur und Rechtsprechung bei Art. 1384 code civil beschäftigt, der nach der herrschenden Ansicht eine Haftung des Dienstherrn ebenfalls nur bei solchen schädigenden Handlungen vorsieht, die in Ausführung der dem Dienstherrn obliegenden Handlungen von seinen domestiques et préposés vorgenommen sind. Die Grundsätze, die man beim Art. 1384 c. c. gewonnen hat, werden darum auch für den § 831 B. G. B. von Bedeutung sein. Danach wird es, wie das Reichsgericht*) ausgeführt hat, darauf ankommen, dass die schädigende Handlung in den Kreis derjenigen Verrichtungen fällt, welche die Ausführung der Verrichtungen darstellen.**) Die schädigende Handlung muss also in einem inneren Zusammenhange mit der Leistung stehen. Wenn also der Dienstherr, der in einem Vororte wohnt, seinem Dienstmädchen aufträgt, aus seinem in der Stadt gemieteten Bureau einen liegen gelassenen Gegenstand zu holen und das Mädchen eine Fensterscheibe in dem Büreau zertrümmert, als sie das Fenster öffnen will, um einem Festzuge zuzusehen, der zufällig zu dieser Zeit vorüberkommt, so ist die Zertrümmerung der

*) Bd. 24 S. 125.

**) Planck § 831, 2a, Feder S. 97.

Fensterscheibe nicht in Ausführung der dem Mädchen aufgetragenen Verrichtung vollbracht. Ist aber das Dienstmädchen mit der Reinigung des Bureaus beauftragt und sie zerstösst dabei fahrlässig die Fensterscheibe, so ist die schädigende Handlung in Ausführung der Reinigung begangen und der Dienstherr würde aus § 831 haften. Auf die vertragliche Haftung ist in beiden Fällen keine Rücksicht genommen, ebensowenig auf eine Verantwortlichkeit aus §§ 823, 826, da diese beiden §§ keine Sonderheiten für die Miete bieten.

Die Verrichtung braucht im Falle des § 831 nicht Gegenstand einer Verpflichtung des Mieters gegenüber dem Vermieter zu sein, wie dies bei unserem vorletzten Beispiele der Fall ist, kann es aber nach obigen Grundsätzen, wie im letzten Beispiele sein. Die Handlung muss endlich auch widerrechtlich sein und im Kausalzusammenhange mit dem Schaden stehen. Auf die einzelnen Voraussetzungen des § 831 wollen wir des näheren nicht eingehen; bemerkt sei aber noch, dass nach § 831 eine Haftung des Mieters dann nicht eintritt, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Personen und sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften (z. B. die Trittleiter zum Reinigen der Fenster) zu beschaffen und die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Diese Befreiung trat bei den Vertragsverletzungen durch die Dritten, wie wir gesehen haben, nicht ein. Wenn daher eine schädigende unerlaubte Handlung zugleich als Vertragsverletzung eine Haftung nach dem Vertrage begründet, wird der Verletzte meistens die Klage aus dem Vertrage vorziehen, da die bei den unerlaubten Handlungen vorgesehene Befreiung in der Regel Platz greifen wird. Jedenfalls sind aber auch Fälle denkbar, wo es für den Verletzten günstiger ist, sich auf § 831, als auf den Vertrag zu stützen, z. B. wenn der

Vertrag oder eine Vertragsverpflichtung, die verletzt sein soll, schwer oder garnicht nachzuweisen ist. Da sich das alles meistens erst im Prozesse zeigen wird, wird es fast stets angebracht sein, die Klage auf beide Klaggründe zu stützen.

31.

Schliesslich kann auch der § 832 für den unserer Frage zu Grunde liegenden Tatbestand in Betracht kommen. Nach § 832 ist der Mieter zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den die genannten Personen der Mietsache schuldhaft zufügen, wenn er kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über diese Personen verpflichtet ist und diese Personen wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen und körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedürfen, oder wenn der Mieter durch Vertrag diese Aufsicht übernommen hat. Jedoch tritt die Haftung des Mieters dann nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt hat, oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde. Da jedes Verschulden, (Vorsatz und Fahrlässigkeit) einen Willen, also eine Geschäftsfähigkeit der handelnden Person voraussetzt,*) scheiden nach unserem Thema, das nur vom Verschulden der genannten Personen spricht, alle die Fälle aus, in denen die Schädigung durch eine nach § 104 geschäftsunfähige Person begangen ist.**) Dagegen können in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen sehr wohl einen rechtlich erheblichen Willen haben und daher auch eine schuldhafte Handlung begehen.***)

Soweit die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit in der Minderjährigkeit besteht, hat bei einem ehelichen Kinde der Vater nach § 1631, ev. die Mutter nach §§ 1634, 1684,

*) Dernburg II 1, § 63.

**) Endemann II § 201, 2,1 S. 1269.

***) Vergl. § 828 und Dernburg, II, 1, § 66, 4 S. 142.

1686, bei einem unehelichen Kinde die Mutter nach § 1707 die Verpflichtung das Kind zu beaufsichtigen.*) Der Inhaber der elterlichen Gewalt wird regelmässig von seinem Rechte den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen in der Art Gebrauch machen, dass er sein Kind in seiner Familie behält und so in die Mietwohnung aufnimmt. Verschuldet daher ein solches Kind einen Schaden an der Mietsache, so wird der Vater, ev. die Mutter als Mieter nach § 832 für diesen Schaden aufzukommen haben, wenn er sich nicht von der Haftung durch den erwähnten Nachweis befreit.

Eine gesetzliche Aufsichtspflicht des Mieters über seinen Logierbesuch besteht nicht, aber man wird doch häufig annehmen können, dass er die dem Inhaber der elterlichen Gewalt (oder dem Vormunde oder Pfleger) obliegende Aufsicht durch Vertrag mit diesem übernommen hat, und dann nach § 832 Abs. 2 haftet. Wenn eine befreundete Familie ihr minderjähriges Kind dem Mieter auf seine Einladung auf Logierbesuch schickt, so wird man in den meisten Fällen davon ausgehen müssen, dass er damit auch die Verpflichtung zur Aufsicht über das Kind übernimmt, so weit es der Aufsicht (nach § 832) bedarf. Denn es werden die Eltern ihr Kind dem Mieter regelmässig nur in der Erwartung auf Logierbesuch schicken, dass er das Kind beaufsichtigt, und das muss sich der Mieter auch sagen, wenn er das Kind einläd und bei sich aufnimmt. Ein Zweifel an der Uebernahme der Aufsichtspflicht wird dann nicht obwalten können, wenn die Eltern dem Mieter besonders ans Herz legen, auf ihr Kind zu achten und der Mieter dies auch verspricht.

Ebensowenig wie beim Logierbesuch ist der Mieter kraft Reichsgesetzes zur Aufsicht über das Gesinde verpflichtet. Landesgesetze sind jedoch berechtigt, eine Aufsichtspflicht der

*) Vergl. auch §§ 1793, 1800, 1897, 1901, 1906, 1909, 1910, 1915.

Dienstherrschaft über das Gesinde zu begründen.*) Denn wenn § 832 verlangt, dass der, der in Anspruch genommen werden soll, „kraft Gesetzes" zur Aufsicht verpflichtet ist, so ist unter Gesetz nach Art. 2 E. G. z. B. G. B. auch das Landesgesetz zu verstehen. Da nun aber nach Art. 55 E G. die Landesgesetze ausser Kraft treten, soweit sie nicht aufrecht erhalten sind, so ist zu prüfen, ob die Materie aufrecht erhalten ist, der die Behandlung dieser Frage zufällt. M. E. gehört diese Frage dem Gesinderecht an. Der Gesindedienstvertrag regelt nicht bloß die Verpflichtung des einen zu Diensten, des andern zur Zahlung von Lohn, sondern er beschäftigt sich auch vielfach mit Bestimmungen, die als Ausfluss eines familienrechtlichen Herrschaftsverhältnisses zu gelten haben, weshalb man auch vom Dienstherrn, von der Dienstherrschaft spricht. Wenn das B. G. B. die Aufsichtspflicht (und das Aufsichtsrecht) der Eltern, Vormünder und Pfleger über die im § 832 bestimmten Personen regelt, so bringt es damit noch nicht zum Ausdruck, dass dadurch die Aufsichtspflicht über diese abschliessend geregelt sein soll. Wir haben daneben noch Gesetze, teils Reichs- teils Landesgesetze, die solche Aufsicht vorschreiben, z. B. auf dem Gebiete des Gewerbe- und Schulwesens.**) Rechnen wir aber die Aufsicht der Dienstherrschaft über das Gesinde zum Gesinderecht, so ist die Landesgesetzgebung nach Art. 95, Abs. 1 E. G. z. B. G. B. zur Regelung berechtigt. Feder S. 116 meint, die Zulässigkeit einer landesgesetzlichen Vorschrift ergebe sich daraus, dass im Art. 95 Abs. 2 nicht bestimmt sei, dass § 832 Anwendung zu finden habe, während dies zum Beispiel mit 831 geschehen sei. Nach unseren an anderer Stelle angestellten Erörterungen war die Aufnahme des § 831 in Art. 95 Abs. 2 völlig überflüssig und mit

*) Planck § 832, 1 Abs. 1, Crome § 333, II, S. 1053, Feder S. 116.

**) Crome § 333, II S. 1053.

demselben Rechte hätte man auch § 832 mit aufnehmen können. Auch dann wäre diese Materie der Landesgesetzgebung noch nicht entzogen gewesen. Denn grade der § 832 regelt selbst nur das Verhältnis der aufsichtspflichtigen Personen zum Geschädigten, und verweist bezüglich des Verhältnisses der Aufsichtspflichtigen zu den Aufsichtsbedürftigen auf das für dieses Verhältnis jeweils zutreffende Gesetz.*) Dadurch, dass im Art. 95 Abs. 2 § 832 nicht mit aufgezählt ist, ergibt sich daher für die Frage garnichts, ob die Landesgesetze zur Bestimmung einer Aufsicht berechtigt sind. Entscheidend ist lediglich, ob die Aufsicht der Dienstherrschaft über das Gesinde dem Gesinderecht angehört, und das wird nach obigen Ausführungen zu bejahen sein.

Wenn es richtig ist, was Feder S. 116 schreibt, was wir aber wegen der Verschiedenheit der Gesindeordnungen, nicht bloß in den einzelnen Bundesstaaten, sondern sogar in einzelnen Landesteilen, nicht nachgeprüft haben, dass nämlich keine Gesindeordnung solche Aufsichtspflicht kennt, so hat die Frage z. Zt. keine praktische Bedeutung; sie kann sie aber stets bekommen, weil bezüglich der vorbehaltenen Gebiete die bestehenden Landesgesetze nicht bloß in Kraft bleiben, sondern auch stets wieder neue Bestimmungen von der Landesgesetzgebung getroffen werden können. In dem uns nahestehenden Anh. Ges. (Nr. 1047), in dem Bayrischen und Preussischen A. G. z. B. G. B., sowie in der Preussischen Gesindeordnung vom 8. November 1810 ist eine Aufsichtspflicht nicht vorgesehen.

Häufig wird man indessen die Übernahme der Aufsicht über minderjährige Dienstmädchen durch den Dienstherrn (den Mieter) annehmen müssen, zumal wenn es sich um ein kaum den Schuljahren entwachsenes Mädchen handelt und vielleicht der Vater oder die Mutter des Dienstmädchens beim

*) Das scheint Feder S. 116 Anm. 2 selbst anzunehmen.

Abschluss des Dienstvertrages darauf hingewiesen haben, dass ihr Kind eigentlich für die Annahme der Stelle noch zu jung sei und noch der Aufsicht bedürfe, und daraufhin der Dienstherr verspricht, sich der Aufsicht über das Mädchen anzunehmen. Ob im Einzelnen eine Uebernahme der Aufsicht vorliegt, wird sich stets nur aus dem jeweils abgeschlossenen Vertrage entnehmen lassen. Soweit aber dem Mieter kraft Gesetzes oder Vertrages die Aufsicht über ein Familienmitglied, das Gesinde oder den Logierbesuch obliegt, haftet er für den Schaden, den diese Personen der Mietsache schuldhaft und widerrechtlich zufügen, wenn er nicht den Nachweis führt, der ihn von der Haftung nach § 832 befreit.

32.

Das dürften die Gesetzesbestimmungen sein, die unsere Frage zu lösen bestimmt sind. Bei der Fülle der Streitfragen, die sich an die zu beachtenden Vorschriften knüpfen, war es im Rahmen dieser Abhandlung nicht möglich, auf jede einzelne Streitfrage und die Deduktionen der einzelnen Gegner näher einzugehen. Uns konnte es nur darauf ankommen, das Prinzip hervortreten zu lassen, aus dem heraus nach unserer Ansicht die Aufgabe zu lösen ist, und nur insoweit waren die Streitfragen im Einzelnen zu erörtern. Dabei waren wir gezwungen, einzelne Streitfragen nur anzudeuten, bei anderen sogar uns ohne Weiteres einer bestimmten, meist vorherrschenden Ansicht anzuschliessen. Verlangt unsere Frage in der Praxis eine Lösung, so werden noch viele Schwierigkeiten sowohl auf tatsächlichem wie rechtlichem Gebiete auftauchen.